

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS DE LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES A PARTIR DE LA LEY 1340 DE 2009¹

AURA MARÍA GARCÍA PABÓN²
CAROLINA LIÉVANO LIÉVANO³

RESUMEN

El régimen de integraciones empresariales en Colombia vivió grandes cambios con la expedición de la Ley 1340 de 2009. Este capítulo tiene como objetivo hacer una revisión de las principales modificaciones que se introdujeron con la Ley y reflexionar sobre la repercusión que han tenido en aspectos como cuáles agentes deben someterse al control previo, las fases del procedimiento, el análisis económico de los efectos de las operaciones y la definición de condicionamientos en aquellos casos en que la autoridad encuentre preocupaciones en materia de libre competencia. Si bien los cambios han tenido un efecto positivo y significativo sobre

-
- 1 Agradecemos las contribuciones y comentarios valiosos de Melba Castro Cortés y Julio César Castañeda Acosta. Las opiniones que aquí se expresen son personales y no representan en ningún sentido la visión de las entidades que representamos. Cualquier imprecisión es responsabilidad exclusiva de las autoras. Para cualquier duda, sugerencia, corrección o comentario, por favor escribir a <auram.garcia@uexternado.edu.co> o <clievano@sic.gov.co>.
 - 2 MSc. Economía, Competencia y Regulación de la Universidad de Tilburg (Países Bajos) y economista de la Universidad del Rosario. Asesora del superintendente de Industria y Comercio y profesora de la Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia y de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: <auram.garcia@uexternado.edu.co>.
 - 3 Especialista en Gobierno, Gerencia y Asuntos Públicos de la Universidad Externado de Colombia y economista de la Universidad de los Andes. Coordinadora del Grupo de Integraciones Empresariales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Correo electrónico: <clievano@sic.gov.co>.

la función de control previo de la autoridad de competencia, al final del capítulo se señalan algunos retos que el régimen deberá enfrentar para seguir consolidándose como una herramienta idónea para conservar la efectiva competencia en los mercados.

Palabras clave: integraciones empresariales, deber de informar, eficiencias, condicionamientos, libre competencia económica.

ABSTRACT

The Colombian mergers regime has evolved since the expedition of Law 1340 of 2009. This chapter aims to examine the main modifications introduced by such law and pursues to reflect the impact they have had in the following aspects: which agents should be subject to prior control; the phases of the procedure; the economic analysis of the effects of operations and the definition of remedies in those cases in which the Competition Authority has concerns regarding effective competition. Although these changes have had a positive and significant impact on prior merger control, the final part of the document highlights some challenges that should be taken into account to ensure the consolidation of this procedure as a more successful tool to preserve effective competition in the markets.

Keywords: mergers, efficiencies, antitrust, remedies, effective competition.

INTRODUCCIÓN

El régimen de control de integraciones empresariales en Colombia constituye, junto con la abogacía de la competencia, un mecanismo de intervención *ex ante* del Gobierno que busca garantizar la libre participación de las empresas en los mercados, el bienestar de los consumidores y la eficiencia

económica⁴. En particular, pretende evitar que cuando las empresas lleven a cabo una operación de integración, sin que importe la forma jurídica que tenga, se produzca una indebida restricción de la competencia como resultado del aumento o adquisición del poder de mercado del organismo resultante de la transacción.

Tal como lo sugieren economistas como Motta (2004), el poder de mercado hace referencia a la habilidad de una empresa de aumentar su precio por encima del nivel competitivo. Lo anterior tiene una consecuencia directa, que consiste en que precios supracompetitivos generen niveles positivos de ineficiencia alocativa en los mercados, o en otras palabras, pérdidas de bienestar para los agentes (Nicholson, 2008), con lo cual la autoridad de competencia encuentra en el control previo de integraciones empresariales una herramienta para revisar aquellos mercados en los que se puede controlar esto.

Si bien existe en Colombia una ley en materia de protección de la competencia desde 1959, la Ley 1340 de 2009 o ley de competencia significó una modificación importante sobre la materia, pues actualizó la normatividad para adecuarla a las condiciones reales de los mercados, para facilitar a los usuarios el seguimiento apropiado del tema y para optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades para proteger la libre competencia económica en el país.

Uno de los principales cambios que introdujo la Ley y que no se limita únicamente al régimen de integraciones empresariales fue la designación de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única nacional de protección de la competencia⁵. Esto es esencial, pues disminuye la incertidumbre jurídica de las empresas y permite

4 Artículo 3.º, Ley 1340 de 2009.

5 Como excepción a lo anterior se encuentran los sectores financiero y aeronáutico, en los que la Superintendencia Financiera de Colombia y la Aeronáutica Civil mantienen la competencia.

consistencia en la aplicación de las normas. Consolidar en una única autoridad estas funciones, así como los criterios que utiliza para llevar a cabo dicha función, brinda coherencia entre las diferentes decisiones adoptadas, permite tener capital humano más técnico y especializado y disminuye el desconocimiento de los agentes económicos acerca de qué entidad debe solicitar autorización previa para realizar una transacción.

Ahora bien, un elemento adicional que marca la diferencia en el análisis económico de las operaciones de integración consiste en que, en el marco de sus funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio debe impartir instrucciones en materia de protección de la competencia y fijar los criterios y procedimientos para la aplicación de la normatividad. En este sentido, la Ley 1340 de 2009, así como sus decretos reglamentarios, abrió espacio para que la autoridad expidiera, por primera vez, las guías de integraciones empresariales en las que se especifica el procedimiento de análisis jurídico-económico de las operaciones, permitiendo a los agentes del mercado contar con suficiente ilustración que implica una mayor comprensión de la aplicación de las normas⁶.

A propósito de la conmemoración de diez años de vigencia de la Ley 1340 de 2009, este capítulo tiene como objetivo realizar un análisis de los principales cambios que dicha ley introdujo en el régimen. Para tal fin, se dividirá en cinco secciones adicionales a la introducción. La primera sección presentará una discusión sobre los cambios relativos a los agentes que deben someterse al control de integraciones empresariales, así como las características del trámite que deben surtir ante la Superintendencia de Industria y Comercio. La segunda sección incluirá una descripción de las etapas del trámite de preevaluación que fueron creadas con

6 La guía más reciente fue publicada en agosto de 2018.

la Ley. La tercera parte del capítulo explicará cuáles han sido los principales cambios en el análisis económico de las transacciones, en función de los efectos que se derivarían de las operaciones en los mercados. La cuarta hará referencia a la forma en que se imponen condicionamientos en aquellos casos en los que la autoridad considere que la operación restringe la libre competencia económica, y finalmente, la quinta sección presentará algunas consideraciones finales y retos futuros del régimen.

I. ¿QUIÉNES DEBEN SOMETERSE AL CONTROL PREVIO DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES?

El artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009, que modifica al artículo 4.º de la Ley 155 de 1959, establece:

Artículo 9.º— *Control de integraciones empresariales.* El artículo 4.º de la Ley 155 de 1959 quedará así:

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

1. 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
2. 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% <sic> 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.

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.

Parágrafo 1.º— La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta, y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar. [...].

Como puede observarse, el artículo impone dos condiciones a los agentes económicos, que de ser verificadas implicarían la obligación de informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre cualquier transacción que pretendan llevar a cabo. La primera consiste en que deben, o dedicarse a la misma actividad económica, o participar en diferentes eslabones de la misma cadena de valor.

Al respecto, vale la pena anotar que con la modificación del artículo 4.º de la Ley 155 de 1959 se incluyó la obligación de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio operaciones proyectadas entre empresas participantes de una

misma cadena de valor⁷. Esto quiere decir que, además de las operaciones con efectos horizontales que ya se consideraban en el régimen, se reconoció la importancia de que la autoridad de competencia analizara transacciones que involucraran empresas que, aunque no fueran competidoras, participaran en diferentes eslabones de la cadena de valor⁸.

Dicho reconocimiento resulta relevante porque tiene en cuenta los potenciales efectos restrictivos de la competencia que se podrían derivar de las relaciones verticales. Si bien existen efectos positivos como resultado de este tipo de integraciones, como eficiencias organizativas, reducción de costos de transacción y eliminación de monopolios sucesivos, entre otros, lo cierto es que también se han identificado efectos anticompetitivos. Tal como lo indicó por primera vez la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown Shoe* de 1962 (Corte Suprema de Estados Unidos, 1962), “una disminución en el vigor de la competencia que puede surgir de una transacción vertical resulta principalmente de un efecto de exclusión, en parte del mercado, que de otro modo hubiese estado disponible para los competidores”. Economistas como *Ordover et al.* (1990) y *Salop* (2017) han discutido y desarrollado modelos teóricos con los cuales explican mecanismos que permiten aumentar el costo de los rivales mediante integraciones verticales. La idea detrás de estos modelos es que las integraciones entre agentes pertenecientes a diferentes eslabones de la cadena de valor producen cambios en la oferta y demanda de insumos que

7 El texto original del artículo 4.º de la Ley 155 de 1959 establecía que era obligación informar al Gobierno nacional de las operaciones entre “empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios [...]”.

8 Véase integración *Fresenius Kabi Colombia S. A. S., Mix Supplier S. A. y Mix Supplier Bogotá S. A.* Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4516 de 2014, modificada por la Resolución 32013 de 2014.

generan desventaja para los agentes que no forman parte de la transacción.

La segunda condición para definir la obligación de informar previamente la transacción consiste en que los agentes económicos, de manera conjunta o individual, superen el nivel de activos totales o de ingresos operacionales establecidos por la autoridad anualmente.

Antes, con la Ley 155 de 1959, este requisito versaba sobre un umbral fijo y explícitamente determinado en el artículo 4.^o⁹¹. Sin embargo, la ley de competencia introdujo la posibilidad de que la autoridad, de acuerdo con las condiciones de la economía, determine cada año el umbral de activos totales o de ingresos operacionales en salarios mínimos legales vigentes.

La relevancia del cambio descrito consiste en que la ley le otorga autonomía a la autoridad de competencia para determinar los umbrales que deben tener en cuenta los agentes económicos para informar sus transacciones. Tal autonomía flexibiliza la fijación de dichos valores para que se ajusten a la realidad económica del país, a las características de los mercados y al tamaño de las empresas.

Por último, el artículo 9.^o de la ley de competencia determina, para aquellas operaciones que cumplan con las dos condiciones anteriores, dos trámites de autorización de la transacción que deben surtirse dependiendo de la cuota de participación de las empresas intervinientes en el mercado relevante.

En particular, el artículo en mención estableció que en los casos en los que las empresas intervinientes tuvieran, de forma conjunta o individual, una participación menor

9 La Ley 155 de 1959 establecía desde sus inicios hasta agosto de 2006 un umbral de veinte millones de pesos para los activos brutos. Sin embargo, dicho monto fue modificado en 2006, en la Resolución 22195, cuando se estableció que dicho umbral sería de cien mil salarios mínimos legales vigentes, tanto para activos totales como para ingresos operacionales.

que el veinte por ciento en todos los mercados relevantes afectados con la operación, esta se entendería autorizada y bastaría con que fuera notificada a la Superintendencia de Industria y Comercio antes de su materialización.

En los casos en los que las empresas intervinientes superen, de forma conjunta o individual, el veinte por ciento de participación en el mercado relevante afectado, o en los casos en los que se afecte más de un mercado y se supere dicho porcentaje en alguno de ellos, las empresas intervinientes deberán informar previamente la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio surtiendo el trámite de preevaluación, que será discutido en la siguiente sección.

El establecimiento de los trámites de notificación y de preevaluación tiene como objetivo aumentar la eficiencia en el uso del recurso humano con el que cuenta la autoridad para llevar a cabo su función de control de integraciones empresariales, con el fin de enfocar su análisis en aquellas operaciones que tienen la potencialidad de generar efectos significativos en la competencia en los mercados, sin eliminar la posibilidad de estudiar las transacciones que involucren empresas con una participación de mercado inferior al veinte por ciento.

En síntesis, la modificación del artículo 4.º de la Ley 155 de 1959 respecto de quiénes deben someterse al control previo de integraciones empresariales incluye la posibilidad de revisar operaciones con efectos verticales, flexibiliza el establecimiento de los umbrales de activos totales e ingresos operacionales que determinan qué operaciones deben informarse previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio y crea dos trámites que deben surtir de acuerdo con la participación de mercado de las empresas intervinientes. Todo lo anterior tiene un efecto positivo tanto para las empresas como para la autoridad, ya que deja clara la aplicación del control de integraciones en operaciones de carácter vertical, reduce los tiempos de atención y el uso de recursos en aquellos casos en los que

solo se requiere notificar la transacción y permite dirigir los esfuerzos hacia las integraciones económicas con mayores efectos sobre los mercados.

II. FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PREEVALUACIÓN

De acuerdo con el artículo 10 de la ley de competencia, que describe el procedimiento administrativo a efectos de obtener el pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de una operación de integración empresarial, las empresas intervinientes deben presentar una solicitud de preevaluación de conformidad con lo establecido en la Resolución 10930 de 2015^[10]. Posteriormente, dentro de los tres días siguientes a la presentación de la solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio publicará el inicio del procedimiento de autorización de la operación en su página web y otorgará diez días hábiles a terceros, tales como agentes competidores o participantes de la misma cadena de valor, para que aporten información que consideren de utilidad para el análisis de la operación.

Así mismo, el artículo en mención prevé un término de treinta días para que la autoridad determine “la procedencia de continuar con el procedimiento de autorización o, si encontrase que no existen riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación, de darlo por terminado y dar vía libre a esta”. Lo anterior implica que en aquellos casos en los que la autoridad no encuentre preocupación alguna en materia de libre competencia, esta deberá autorizar la operación dentro del término establecido. En esta fase, si bien es posible que la autoridad realice requerimientos a las intervinientes con el fin de complementar la información aportada, dichos requerimientos no

10 Por la cual se modifica el capítulo segundo del título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

suspenden el término inicial mencionado. En la práctica, esto puede ocasionar que la autoridad, una vez aportada la información solicitada, cuente con muy pocos días para resolver el trámite en el tiempo establecido.

En aquellos casos en los que la autoridad determine la necesidad de continuar con el procedimiento, deberá comunicar a las intervinientes y, en los casos en los que aplique, a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados, para que aporten información de conformidad con la Resolución 10930 de 2015. A partir del momento en que las intervinientes alleguen la totalidad de la información, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con tres meses para decidir sobre la operación.

Como se desprende de lo anterior, la ley de competencia crea para el trámite de preevaluación de integraciones empresariales dos fases: la primera, comúnmente llamada fase 1, en la que se elabora un estudio preliminar y se decide si se autoriza la operación o se continúa con el procedimiento, y la segunda, conocida como fase 2 o estudio de fondo, en la que se realiza un estudio más profundo de la operación y en la que la autoridad puede decidir aprobarla, condicionarla al cumplimiento de ciertas obligaciones u objetarla.

El objetivo principal de estas fases era concentrar de manera eficiente los recursos técnicos y humanos de la autoridad en aquellas transacciones que requirieran un mayor análisis jurídico o económico y reducir los tiempos de pronunciamiento en casos en los cuales no ameritara un análisis profundo de la operación. Esto sin dudas tuvo resultados que repercutieron de manera positiva tanto en la autoridad como en las empresas intervinientes en las operaciones, en la medida en que la celeridad con la cual se responden los trámites en años posteriores a la ley de competencia ha permitido el perfeccionamiento de algunas operaciones en periodos más reducidos.

El cuadro 1 presenta el número de operaciones de integraciones empresariales atendidas por el Grupo de Integraciones Empresariales de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como la duración promedio en días desde la presentación de la transacción hasta el pronunciamiento de la entidad, en dos periodos. El primero, anterior a la ley de competencia, comprendido entre el 1.º de enero de 2000 y el 24 de julio de 2009, fecha de expedición de la ley en mención, y el segundo, entre el 1.º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2018. El periodo comprendido entre el 24 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2010 no fue incluido, pues dicha época puede ser considerada una etapa de transición entre ambos procedimientos.

CUADRO 1. OPERACIONES DE INTEGRACIÓN ATENDIDAS POR EL GRUPO DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES ENTRE EL 1.º DE ENERO DE 2000 Y EL 24 DE JULIO DE 2009 Y EL 1.º DE ENERO DE 2011 Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2018

Decisión	1.º de enero de 2000-24 de julio de 2009	1.º de enero de 2011-31 de diciembre de 2018			
		Fase 1	Fase 2	Notificaciones	Consolidado
Aprobadas	877	171	99	799	1069
Condicionadas	29	N/A	28	N/A	28
Objetadas	11	N/A	1	N/A	1 ^(a)
Desistidas	19	7	6	4	17
Total	941	178	134	803	1115
Duración promedio (días)	49,6	44,2	166,4	8,1	32,9

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio

^(a) Integración entre Organización Terpel S. A. y Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte (Airplan)-Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 10658 de 2015, confirmada por la Resolución 19511 de 2016.

Como puede observarse, la duración promedio en días del trámite de autorización de una integración ante la Superintendencia de Industria y Comercio ha disminuido

de forma notable cerca de un 33%. Lo anterior se debe en gran medida a que, como se evidencia, la mayoría de las operaciones representan, con la normatividad actual, un procedimiento de notificación que dura en promedio ocho días, mientras que aquellas operaciones con un efecto significativo en los niveles de competencia de los mercados, que apenas representan el 12% del total de operaciones, son presentadas mediante el trámite de preevaluación y pasan a fase 2, razón por la cual su duración es mayor que el promedio.

En resumen, la creación de dos fases para la evaluación de una integración empresarial ha agilizado el trámite y ha permitido un uso eficiente de la capacidad de la autoridad para enfocar su análisis en aquellas operaciones que justifican un estudio más detallado con el fin de concluir sobre los efectos de la transacción en la libre competencia en los mercados.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS POSIBLES EFECTOS DE UNA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009 el análisis de los efectos que una operación de integración empresarial podría tener sobre la libre competencia se ha robustecido y ha aumentado la transparencia en la comunicación entre la autoridad y las empresas intervinientes respecto de las diferentes herramientas que se utilizan para llevar a cabo dicho estudio. Muestra de esto se encuentra en la expedición de las guías de análisis de integraciones arriba mencionadas y la disponibilidad de las versiones públicas de las decisiones tomadas.

Si bien lo anterior no es directamente atribuible a la expedición de la Ley 1340 de 2009, lo cierto es que con la consolidación del régimen de protección de la libre competencia la Superintendencia de Industria y Comercio ha visto la necesidad de incluir en sus análisis herramientas más

sofisticadas y de un alto valor técnico con el fin de adecuar sus estudios a las condiciones actuales de la economía y de los mercados.

Un ejemplo de la sofisticación de las herramientas de análisis de las operaciones consiste en la importancia que la autoridad ha venido dando a la revisión de posibles efectos coordinados que se puedan desprender de las transacciones presentadas y el estudio de interacciones de carácter vertical que podrían tener consecuencias negativas sobre la competencia y que antes no eran examinadas.

Los efectos coordinados hacen referencia a la posibilidad de que la simetría entre empresas competidoras aumente, facilitando una posible coordinación entre ellas, de forma tácita o explícita. En línea con lo anterior, documentos como Fabra y Motta (2013) y Albaek *et al.* (2010) han sido relevantes para identificar diversos indicadores que las autoridades de competencia deben considerar. Si bien muchos de ellos resultan coincidentes, lo cierto es que cada autoridad tiene la libertad de usar criterios objetivos que considere relevantes. Sin embargo, es un hecho que en las últimas dos décadas las autoridades de competencia —incluso la colombiana— han desarrollado herramientas robustas para determinar la probabilidad de existencia de efectos coordinados, permitiendo que los criterios para aplicar resulten ser más claros para las partes¹¹ (Kolasky, 2004).

En este mismo sentido es importante subrayar que el análisis de aquellas operaciones que aunque generen efectos restrictivos además implican mejoras significativas en eficiencia también se ha fortalecido y transformado, particularmente en tres aspectos.

El primero consiste en que el concepto de eficiencia era entendido desde un enfoque técnico, es decir, de ahorro de

11 Véase la integración Prosegur Global Cit. S. L. y G4S Cash Solutions Colombia Ltda. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 62288 de 2018.

costos para las empresas¹², mientras que en la actualidad hace referencia a eficiencia económica en la que se tienen en cuenta no solo aspectos relacionados con el ahorro en costos de producción, sino también factores como mejoras en la tecnología, inversión en investigación y desarrollo y costos de oportunidad del uso de factores de producción.

El segundo hace referencia a que con la introducción de la ley de competencia, además de la existencia de las eficiencias, debe demostrarse que estas serán trasladadas a los consumidores. Lo anterior resulta relevante en la medida en que prioriza el bienestar de estos últimos y no se limita a considerar solo los beneficios que obtendrían las empresas. La premisa que soporta lo anterior consiste en que para una autoridad de competencia resultan obvios los efectos positivos que la operación trae a las empresas intervinientes, pero su propósito, como lo estipula el artículo 3.º de la ley de competencia, también incluye el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Estos efectos positivos de las integraciones para las empresas intervinientes en una operación han sido ampliamente discutidos por la literatura económica. Belleflame y Peitz (2010) presentan un modelo simple de integración entre dos empresas en el cual se ilustran las ganancias de integraciones en mercados concentrados y se discuten resultados sobre el bienestar de las empresas que son producto de aumentos en los niveles de eficiencia productiva y en las sinergias que existen entre las intervinientes.

12 El artículo 51 del Decreto Ley 2153 de 1992 indicaba: "El superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar lo (*sic*) casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informado (*sic*), en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede (*sic*) hacer mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte (*sic*) en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado".

El tercer aspecto se relaciona con que la ley de competencia hace explícito que en las operaciones en las que a pesar de existir efectos anticompetitivos significativos en los mercados relevantes se demuestre la existencia de eficiencias económicas, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de las empresas intervinientes, lo que ha de ser consistente con los compromisos que estas deben presentar a la autoridad para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. Anteriormente, el Decreto Ley 2153 de 1992 establecía que este tipo de operaciones no podían ser objetadas; sin embargo, no brindaba claridad sobre la posible imposición de condicionamientos.

Por consiguiente, es claro que los cambios en materia de análisis de efectos de las operaciones sobre los mercados han brindado mayor solidez y transparencia al ejercicio de la función de control previo de integraciones empresariales. Los aspectos resaltados son explícitamente reconocidos en el artículo 12 de la ley de competencia, que modifica al artículo 51 del Decreto Ley 2153 de 1992.

IV. APROBACIÓN CONDICIONADA DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra que con el perfeccionamiento de una operación de integración empresarial se produce una indebida restricción de la competencia en uno o varios mercados, la autoridad tiene la posibilidad de condicionar la aprobación de dicha transacción al cumplimiento de ciertos compromisos de parte de las intervinientes que mitigarían los efectos de la

operación. Estos condicionamientos pueden ser comportamentales¹³, estructurales¹⁴ o un híbrido de ambos.

Diversos economistas han reconocido las ventajas y desventajas de los diferentes tipos de condicionamientos, en función de eficiencia, aumento en el bienestar de los consumidores e implementación, entre otros aspectos. Por ejemplo, Vasconcelos (2007) estudia el papel de los remedios estructurales en el control de integraciones empresariales y concluye que son positivos, en particular para aumentar el excedente de los consumidores, y en aquellos casos en los que los remedios incluyen desinversión de activos que se venden a competidores ya existentes. Por su parte, Ezrachi (2005) realizó similar análisis para el caso de condicionamientos comportamentales, encontrando costos directos de su diseño e implementación —tales como información incompleta y asimétrica— e indirectos —entre los cuales subrayó la manipulación que de estos pueden hacer las empresas—, y Kwoka y Moss (2012) identificaron elementos relevantes para tener en cuenta en la aplicación de remedios comportamentales respecto de su efectividad, monitoreo y cumplimiento.

13 Son condicionamientos que están diseñados para modificar o limitar el comportamiento futuro de la entidad integrada. Ejemplos de este tipo de condicionamientos son: mantener independencia en las líneas de negocio, mantener marcas, reporte de información a la autoridad y restricciones a los mecanismos de fijación de precios, entre otros. Para más detalle, véase ICN (2016).

14 Un condicionamiento estructural hace referencia a aquellas condiciones que buscan restaurar la estructura de un mercado. Entre los condicionamientos estructurales se encuentran la desinversión de activos, líneas de negocio u otros tipos de derechos de propiedad de las intervinientes. Para más detalle, véase ICN (2016).

Antes de la expedición de la ley de competencia, la posibilidad de aprobar una operación de forma condicionada no estaba expresa en la ley. Dicha facultad resultaba de la interpretación del numeral 14 del artículo 4.º del Decreto Ley 2153 de 1992, que indicaba que una de las funciones del superintendente de Industria y Comercio era “[p]ronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas”. En línea con lo anterior, si bien la autoridad podía realizar dicho pronunciamiento en tres sentidos, esto es, aprobar la operación, objetarla o condicionarla, el procedimiento relacionado con la imposición de los compromisos no se encontraba reglamentado ni resultaba claro para las empresas¹⁵.

Con la expedición de la ley de competencia, que establece en el artículo 11 la posibilidad de aprobar condicionadamente una integración empresarial, dicha facultad se hizo explícita. En particular, el artículo en mención determinó que las condiciones impuestas debían ser idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia y que el cumplimiento de ellas debía ser supervisado por la autoridad. Por otro lado, el párrafo 2.º del artículo 9.º de la ley en mención señala que los compromisos deben aislar el efecto anticompetitivo de la operación¹⁶.

15 Algunas integraciones que ilustran este punto son: IBM de Colombia S. A. e Informix Software de Colombia S. A., Radicación 01-043208 de 2001; Hewlett Packard Colombia S. A.-Compaq Computer de Colombia S. A. y Compaq Financial Services Colombia LLC, Radicación 02-015377 de 2002; Industrias Alimenticias Noel S. A.-Frigoríficos Suizo S. A.-Tecniagro S. A.-Proveg Ltda-Distribuidora Maple de Colombia Ltda-Molino Santa Marta S. A.-Frigorífico Continental S. A.-Rica Rondo Industria Nacional de Alimentos S. A.-Frigorífico del Sur S. A., Radicación 01-110475 de 2001; Mexichem Colombia S. A. y Pavco S. A., Radicación 07-021781 de 2007, entre otras.

16 “Parágrafo 2.º.— Cuando el superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración”.

En virtud de lo anterior, se incorporó en los decretos y resoluciones que reglamentaron la ley de competencia el procedimiento por medio del cual la Superintendencia de Industria y Comercio define los compromisos que deben cumplir las empresas intervinientes en una operación para que sea autorizada¹⁷. Ejemplos de lo anterior se pueden observar en la Resolución 10930 de 2015, que establece explícitamente que “las empresas intervinientes podrán proponer acciones o comportamientos de su parte, tendientes a neutralizar las posibles restricciones de la competencia derivadas de la operación”, y considera la existencia de un oficio que informe a las empresas sobre la existencia de efectos anticompetitivos de la transacción que pudieran derivar en la imposición de condicionamientos.

Por último, el artículo 11 de la ley de competencia también dispone que en caso de que se incumplan los condicionamientos impuestos, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá sancionar a los agentes responsables de dicho incumplimiento y que la reincidencia en el incumplimiento será causal para que se ordene la reversión de la operación. Lo anterior resulta de vital importancia, en la medida en que fortalece la capacidad de la autoridad para exigir el cumplimiento de los compromisos impuestos y le permite desempeñar cabalmente su función de control previo de integraciones empresariales.

17 Algunas operaciones condicionadas que hacen uso de las facultades expresas en la ley de competencia son: Almacenes Éxito S.A. y Caja de Compensación Familiar Cafam, Radicación 09-091572 de 2010 (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 38171 de 2010); UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E. S. P. y Colombia Móvil S.A. E. S. P., Radicación 13-269304 de 2013 (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 24527 de 2014); Organización Terpel S.A. y Exxonmobil de Colombia S.A., Radicación 16-464552 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 76541 de 2017, modificada por la Resolución 9915 de 2018), entre otros.

CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis anterior puede concluirse que las principales modificaciones que introdujo la Ley 1340 de 2009 al régimen de protección de la competencia en materia de control previo de integraciones empresariales han permitido que la autoridad realice un análisis más profundo de aquellas operaciones con mayor repercusión potencial en la competencia en los mercados, al mismo tiempo que han tenido un efecto positivo y significativo en la reducción de los tiempos de atención de los trámites, principalmente gracias al establecimiento de los trámites de notificación y preevaluación, y, en este último, a la existencia de dos fases. No obstante, en estos diez años la práctica ha evidenciado algunas oportunidades de mejora en beneficio tanto de la entidad como de las empresas intervinientes y otros actores indirectamente asociados a las operaciones.

En primer lugar, respecto de quienes deben someterse al control previo de operaciones de integración empresarial, sería conveniente que la Superintendencia de Industria y Comercio tuviera la facultad de revisar transacciones que involucraran a empresas que aunque no se encontraran en la misma cadena de valor o participen en la misma actividad, sí estuvieran bajo un mismo control en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992^[18], puesto que de dichas operaciones pueden derivarse efectos tanto positivos como negativos sobre la competencia en los mercados afectados. Documentos como United States Antitrust Division (2001) y Dethmers *et al.* (2005) hacen referencia a los diferentes elementos que deberían tener

18 El referido numeral define control en los siguientes términos: “[...] la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”.

en cuenta las autoridades de competencia para identificar efectos pro- y anticompetitivos de operaciones que involucren conglomerados. Esto podría ser tenido en cuenta para delimitar el análisis que en Colombia debería realizarse sobre este tipo de operaciones¹⁹.

A su vez, es importante subrayar que como autoridad única de competencia especializada en la materia, es deseable que la Superintendencia de Industria y Comercio fuera la autoridad competente para realizar el control previo de las operaciones de integración relacionadas con los sectores financiero y aeronáutico, porque pueden generarse eficiencias tales como la uniformidad de criterios y métodos de análisis, entre otros.

En segundo lugar, sobre la primera fase del trámite de preevaluación, tal como ya se mencionó, en aquellos casos en los cuales la autoridad requiere información complementaria de parte de las empresas intervinientes, puede suceder que el momento en el que se realice y se responda el requerimiento reduzca de forma importante el tiempo con el que cuenta la entidad para efectivamente analizar la operación. En este sentido, sería conveniente que la normatividad incluyera ya sea el reinicio o un periodo de extensión de los días hábiles con los que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse en esta etapa. Eso permitiría que en estos casos la autoridad no tuviera la necesidad de considerar una segunda fase de estudio, lo que se vería reflejado en mejores tiempos de respuesta y un uso más eficiente de la capacidad técnica de la entidad.

19 Un ejemplo de una operación de integración de conglomerados, cuyos efectos fueron analizados de manera detallada, fue la presentada por Tetra Laval BV Group (líder mundial en la producción de empaques de cartón) y Sidel S. A. (con gran participación en el mercado de diseño y manufactura de botellas de plástico PET) ante la Comisión Europea en 2002. Dicha operación fue objetada por la Comisión Europea y luego anulada por la Corte de Primera Instancia, esta última decisión confirmada por la Corte Europea de Justicia en 2005.

Por otro lado, se observa que aunque el régimen incluye la posibilidad de que operaciones que impliquen preocupaciones en materia de competencia sean aprobadas con condiciones bajo la luz del análisis de eficiencias económicas que generen en los mercados, desde la expedición de la ley de competencia ninguna operación ha sido autorizada en un caso en que las empresas intervinientes aduzcan la existencia de eficiencias y que estas hayan sido suficientemente sustentadas para ser consideradas de parte de la autoridad. Lo anterior, más que una oportunidad de mejora en el régimen, puede ser una señal para que las empresas tengan esto en consideración al momento de presentar el trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por último, en materia de aprobación condicionada de operaciones existen dos aspectos que hay que acentuar. El primero consiste en que en la actualidad la normatividad no establece un procedimiento para que la autoridad se pronuncie sobre la materialización de los condicionamientos impuestos o la obligación de los auditores externos de presentar reportes de cumplimiento de compromisos ante la entidad. La importancia de que exista dicho procedimiento es informar a las empresas sobre el estado del trámite de seguimiento que la Superintendencia de Industria y Comercio lleva a cabo, sin perjuicio de que después la entidad pueda solicitar información adicional o realizar actividades de control y verificación y que puedan encontrarse inconsistencias y presuntos incumplimientos.

El segundo aspecto que se debe señalar es que en el marco de la imposición de condicionamientos de carácter comportamental, la Superintendencia de Industria y Comercio tendría la oportunidad de solicitar a las empresas la realización de estudios de mercado que permitan determinar el efecto de las decisiones en materia de integraciones empresariales, pues esta obligación le otorgaría a la autoridad herramientas de mayor calidad para llevar a cabo sus funciones.

REFERENCIAS

- ALBAEK, S., MOLLGAARD, P., y OVERGAARD, P. (2010). Transparency and Coordinated Effects in European Merger Control. *Journal of Competition Law and Economics*, 6(4), 839-851.
- BELLEFLAME, P., y PEITZ, M. (2010). *Industrial Organization: Markets and Strategies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1340 de 2009. *Diario Oficial* n.º 47420 del 24 de julio de 2009.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 155 de 1959. *Diario Oficial* n.º 30138 del 22 de enero de 1960.
- Corte Suprema de Estados Unidos (1962), *Brown Shoe Company vs. United States*, 370 U.S. 294.
- DETHMERS, F., DODOO, N., y MORFEY, A. (2005). Conglomerate Mergers Under EC Merger Control: An Overview. *European Competition Journal*, 1(2), 265-291.
- EZRACHI, A. (2005). Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies. University of Oxford Working Paper (L) 13.
- FABRA, N., y MOTTA, M. (2013). Coordinated Effects in Merger Cases. A report for the Mexican Competition Authority and the World Bank. A report for the Mexican Competition Authority and the World Bank. Disponible en <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/05/CRCAL-2013-Coordinated-effects-in-merger-cases1.pdf>>.
- International Competition Network (ICN) (2016). Merger Remedies Guide. ICN Merger Working Group.
- KOLASKY, W. (2004). Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks. Department Of Justice of the United States before the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington DC.

- KWOKA, J., y MOSS, D. (2012). Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement. *The Antitrust Bulletin*, 57(4), 1-38.
- Ministerio de Desarrollo Económico (1992), Decreto Ley 2153 de 1992, *Diario Oficial* n.º 40704 del 31 de diciembre de 1992.
- MOTTA, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NICHOLSON, W. (2008). *Teoría microeconómica: principios básicos y ampliaciones*. Boston (Massachusetts): Cengage Learning.
- ORDOVER, J., SALONER, G., y SALOP, S. C. (1990). Equilibrium Vertical Foreclosure. *American Economic Review*, March.
- SALOP, S. (2017). Invigorating Vertical Merger Enforcement. *The Yale Law Journal*, 127.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2001). Radicación n.º 01-043208. Caso: IBM de Colombia S. A. e Informix Software de Colombia S. A.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2002). Radicación n.º 02-015377. Caso: Hewlett Packard Colombia S. A., Compaq Computer de Colombia S. A. y Compaq Financial Services Colombia LLC.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2006). Resolución 22195 de 2006.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2007). Radicación n.º 07-021781. Caso: Mexichem Colombia S. A. y Pavco S. A.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2010). Resolución 38171 de 2010, Caso: Almacenes Éxito S. A. y Caja de Compensación Familiar Cafam.

- Superintendencia de Industria y Comercio (2014). Resolución 24527 de 2014, Caso: UNE EPM Telecomunicaciones S. A. E. S. P. y Colombia Móvil S. A. E. S. P.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2014). Resolución 4516 de 2014 modificada por Resolución 32013 de 2014, Caso: Fresenius Kabi Colombia S. A. S., Mix Supplier S. A. y Mix Supplier Bogotá S. A.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2014). Resolución 10658 de 2015 confirmada por Resolución 19511 de 2015, Caso: Organización Terpel S. A. y Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte (Airplan).
- Superintendencia de Industria y Comercio (2015). Resolución 10930 de 2015.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2017). Resolución 76541 de 2017, modificada por Resolución 9915 de 2018, Caso: Organización Terpel S. A. y ExxonMobil de Colombia S. A.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2018). Resolución 62288 de 2018, Caso: Prosegur Global CIT S. L. y G4S Cash Solutions Colombia Ltda.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2018). *Guía de análisis de integraciones empresariales, Trámites de pre-evaluación.*
- United States Antitrust Division (2001). Range Effects: the United States Perspective. Submission for OECD Roundtable on Portfolio Effects in Conglomerate Mergers.
- VASCONSELOS, H. (2007). Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control. *Journal of Industrial Economics*, 58(4), 742-766.