

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 12-128430- -00001-0000	Fecha: 2012-09-13 15:32:33
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señora
ADRIANA CAMACHO A
adricamacho25@gmail.com

Asunto: Radicación: 12-128430- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señora:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Oficina con el número señalado en el asunto, en los siguientes términos.

1. Consulta

La peticionaria formula las siguientes preguntas:

- “1. ¿Como (sic) se determina que las empresas participan en una misma cadena de valor?”
2. Cuáles son los criterios aplicables para determinar la participación de una empresa en el mercado relevante?”
3. En el caso en el que la participación sea menor del 20% señalado por la norma. ¿Es necesario informar a la Superintendencia de la operación?”
4. ¿Cuando (sic) hay obligación de informar respecto de una integración empresarial y cuando (sic) de solicitar autorización?”

2. Materia objeto de la consulta

La Superintendencia de Industria y Comercio, según lo dispone el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, es la Autoridad Nacional de Competencia:

“ARTÍCULO 6o. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. 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.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y

actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.” (1) (Subraya fuera del texto)

Por su parte, de acuerdo con los artículos 1 al 4 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección a la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene entre otras las siguientes facultades:

- Asesorar al Gobierno Nacional y participar en la formulación de las políticas en todas aquellas materias que tengan que ver con la promoción y protección de la competencia.
- Velar por la observancia de las disposiciones de protección de la competencia en los mercados nacionales.
- Conocer de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la libre competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a las que sean significativas.
- Imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

Dentro del ámbito de las referidas competencias, en primer lugar le brindaremos información sobre la libre competencia económica y el régimen de protección de la competencia y posteriormente daremos respuesta a sus preguntas.

2.1 La libre competencia económica

La libre competencia económica se encuentra consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política de la siguiente manera:

“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.” (2) Subraya fuera del texto).

La Corte Constitucional ha definido la libertad económica de la siguiente manera:

“9- La Constitución garantiza la libertad económica (CP art. 333), la cual, conforme a la variada y extensa jurisprudencia en la materia, puede ser entendida así:

“La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como 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. Las actividades

que conforman dicha libertad están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc.” (3)

Así mismo, la Corte Constitucional ha analizado los límites a la libertad económica:

“11.-Es pues claro que la Carta reconoce la libertad de empresa y de contratación en el campo económico. Sin embargo, igualmente es claro que una de las finalidades de la Asamblea Constituyente fue “mantener y profundizar un equilibrio entre los derechos a la propiedad privada y la libertad económica, de una parte, y, de la otra, garantizar la función social de la propiedad y la intervención del Estado en la economía. Por ello la Constitución no se limita a asegurar la libertad de empresa y la libre iniciativa privada de manera absoluta, sino que pretende igualmente otorgar al Estado y a la comunidad mecanismos para prevenir abusos y garantizar la equidad en las relaciones económicas. Por ello, la búsqueda de transparencia, la solidaridad, la interacción de los diferentes agentes y unidades económicas dentro de esquemas que promuevan la prosperidad general, la limitación en el ejercicio del poder monopolístico y del abuso de la posición dominante en el mercado, entre otros, son elementos que permiten limitar la libertad económica y de empresa. Así, en los debates en la Asamblea Constituyente se dijo con claridad al respecto:

“Cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta, se produce un daño que afecta no solo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de éstas fallas, es decir cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad”.

El artículo 333 de la Constitución acoge esos valores y propende entonces por el equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general, no sólo para lograr eficiencia y garantías para el sistema económico sino también debido a la incorporación de la fórmula del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), en virtud de la cual el poder público debe, entre otros fines, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios y deberes de la Constitución (C.P. art. 2). Esto explica que el artículo 333 superior establezca límites a la libertad económica, como el bien común y la propia función social de la empresa, e incorpore herramientas para que el Estado evite que se obstruya la libertad económica y el abuso de las personas o empresas de su posición dominante en el mercado. En el mismo sentido, el artículo 334 consagra la dirección estatal de la economía y fija los objetivos de su intervención, como son la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, los cuales van asociados, como se dijo, a los fundamentos mismos del Estado Social de Derecho, que

irradia toda la normativa constitucional, a la cual no escapan los artículos relacionados con el régimen económico y con la actividad empresarial

12- Conforme a lo expuesto, es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. Por ello esta Corporación ha señalado que "la libre competencia económica no puede erigirse como una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, en ejercicio de su básica de dirección general de la economía. En ese mismo orden de ideas, así como la Carta ampara la libertad contractual, también le impone límites, que son los mismos de la libertad económica, y que pretenden que su ejercicio en el mercado no sea arbitrario ni desconozca principios constitucionales.

Por ello, si bien la Constitución ha elevado la libertad empresa, - y junto a ella la libertad de contratar -, a la calidad de principio rector de la actividad económica, el Legislador se encuentra facultado para establecer restricciones en este campo, pues la Constitución lo habilita para desarrollar y concretar la sanción o el límite frente a actividades que incumplan los parámetros básicos de conducta fijados por el Constituyente o que sean susceptibles de ello. Además, la Corte recuerda que es precisamente en el ámbito económico en donde, el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P art. 1 y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional, las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un "orden político, económico y social justo" (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas" (4)

Específicamente en relación con las limitaciones impuestas a la libertad económica por el régimen de protección de la competencia, la Corte Constitucional consideró:

"La libre competencia se presenta 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 otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

De acuerdo con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad.

Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como

garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de 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. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

Es así como, "\... a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia... En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia...\." Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Por lo tanto, resultan admisibles conforme a la Constitución las restricciones que se establezcan por el legislador (...)." (Subraya fuera del texto) (5)

En relación con la finalidad de las normas de protección de la competencia la Superintendencia de Industria y Comercio consideró:

"Las normas sobre libre competencia tienen como objetivo preservar y promover mercados competitivos, teniendo en cuenta los resultados benéficos que produce para el interés general. De acuerdo con la teoría económica, bajo este tipo de modelo, basado en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, las decisiones de qué, cómo y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de las decisiones independientes de los diversos productores (agentes económicos oferentes de un bien y/o servicio) y consumidores (agentes económicos destinatarios finales de un bien y/o servicio).

Como resultado del proceso competitivo, los productores pugnarán por reducir sus costos (eficiencia productiva) y maximizar sus ganancias, incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Resultado de este proceso las empresas eficientes, con precios bajos y con calidades y variedades que satisfacen a los consumidores, obtendrán las preferencias de éstos permaneciendo en el mercado.

No obstante, la realidad muestra la existencia de situaciones que impiden que la libre interacción entre oferentes y demandantes logre asignaciones eficientes en términos económicos y, por tanto, que se alcancen óptimos sociales. Dichas situaciones pueden deberse a '\fallas de mercado\,' como son la información asimétrica, los incentivos adversos o la propia estructura y/o características del mercado. De igual forma, existen otras circunstancias que distorsionan el correcto funcionamiento de los mercados, originadas en la conducta de los agentes económicos como es el caso de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, las cuales pueden

presentarse en la forma de conductas anticompetitivas (abusos de posición dominante y prácticas colusorias) o de estructuras monopólicas (integraciones jurídico-económicas que tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia).

Todo esto hace necesario que el Estado intervenga tratando de replicar o promover un resultado cercano a las eficiencias que el mercado proveería en ausencia de tales distorsiones. Ello se logra a través de las llamadas políticas de competencia, las cuales, en términos generales, consisten en un conjunto de políticas de Estado orientadas a garantizar que los beneficios de una economía social de mercado se traduzcan en un bienestar efectivo para los consumidores.” (6)

De acuerdo con lo anterior, se concluye que los agentes económicos no están legitimados para actuar de manera arbitraria en el mercado, ya que la libertad económica debe ejercerse respetando las reglas establecidas para la protección de la libre y leal competencia.

2.2 El régimen de protección de la competencia

En general el régimen de protección de la competencia se encuentra compuesto por los siguientes cuerpos normativos:

- Artículos 333 y 336 de la Constitución Política
- Ley 155 de 1959 – prácticas comerciales restrictivas-
- Ley 1340 de 2009 –protección de la competencia-
- Ley 256 de 1996 – competencia desleal-
- Decreto 2153 de 1992 – estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y prácticas comerciales restrictivas-
- Decreto 019 de 2012 – procedimiento-
- Decreto 4886 de 2011 – estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio-
- Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio
- Resolución 35006 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio – procedimiento para autorización y notificación de integraciones-
- Resolución número 75837 del 26 de diciembre de 2011 – fija ingresos operacionales y activos para las operaciones de integraciones durante el año 2012-
- Resolución número 2058 de 2009 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – criterios y condiciones para determinar mercados relevantes y existencia de posición dominante-.

2.3 El control previo de las integraciones

En relación con la naturaleza y función del control previo de las integraciones la Superintendencia de Industria y Comercio consideró:

“Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se elevó a rango constitucional el derecho a la libre competencia y se determinó que 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”. [5]

Nuestra Constitución establece, entonces, de una parte, las garantías económicas básicas, de libertad de empresa y libre competencia y, de otra parte, la posibilidad de

que el Estado pueda actuar para reprimir los abusos de posición dominante.

No obstante, dado que la propiedad privada tiene establecida una finalidad social y que la libre competencia ha sido consagrada como un derecho e interés colectivo, se han establecido mecanismos preventivos y represivos tendientes a evitar cualquier circunstancia que subvierta o amenace estos cometidos, propios de un Estado Social de Derecho como el nuestro.[6]

Efectivamente, desde la Ley 155 de 1959 se estableció un control previo de las integraciones empresariales, por virtud del cual, "las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos o más - hoy mas de 50.000 S.M.M.LV -, estarán obligadas a informar al gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre si, sea cualquiera la forma Jurídica de dicha consolidación, fusión o integración".

Dado que se trata de un control estructural en el que pretenden verificarse las condiciones bajo las que opera un mercado específico y los efectos que podrían suscitarse como consecuencia de la operación, es menester que las empresas interesadas en adelantar el respectivo proceso lo reporten en forma previa a su realización.[7]

Bajo este contexto, el control de integraciones se estructura como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva,[8] a través del cual la autoridad de competencia tiene la oportunidad de analizar las operaciones de integración que se pretenden llevar a cabo, a fin de anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado y que hagan imperiosa la necesidad de imponer condicionamientos a la operación, e incluso de objetarla.

El sentido que inspira la verificación anticipada de este tipo de operaciones, está en la necesidad de preservar la competencia libre de "restricciones indebidas",[9] luego hay un claro sentido teleológico en la norma, que legitima la verificación previa de cualquier proceso integrativo, independientemente del plano en que se presente y del vehículo conductor que se emplee. De modo que a lo que se presta atención no es a la figura que se utilice, ni al mecanismo de que se valga,[10] sino al efecto que pueda producirse sobre el mercado.[11]

Pudiendo las integraciones generar una indebida restricción a la competencia, mal podría quedar su verificación supeditada al tipo de instrumento de que se valgan las empresas para lograr su cometido. De ser así, la prevención de circunstancias nocivas para el mercado quedaría relegada al mecanismo que decidieran utilizar quienes desean integrarse, cuando son en sí "las restricciones indebidas" lo que se pretende evitar,[12] especialmente cuando la misma ley al establecer el concepto de integración, abarca hipótesis tan disímiles desde el punto de vista jurídico, como los casos de fusión, consolidación, integración o adquisición de control, figuras éstas en las que prevalece la realidad económica sobre la puramente normativa o formal.[13]

Ahora bien, aunque en nuestra Carta Política se ha previsto la libertad de empresa, como una de las libertades económicas que asiste a los particulares, ésta no es de carácter absoluto pues como las demás libertades que consagra nuestro Ordenamiento Superior, existen límites y cargas legales que deben cumplirse en aras del beneficio común. Y es que las normas sobre competencia, y particularmente las de control de

integraciones, no fueron concebidas para impedir las decisiones empresariales que llevan a la consecución de sinergias y eficiencia, sino para adoptar medidas oportunas que permitan evitar efectos indeseables para esa masa abstracta de derechos e intereses de la cual todos hacemos parte: es decir el mercado.[14]

De acuerdo con lo expuesto, el control previo de integraciones, lejos de comportar una talanquera desmedida y arbitraria para quienes desarrollan actividades de empresa, constituye un instrumento preventivo a través del cual se tratan de evitar las restricciones indebidas que puedan derivarse de las concentraciones y, que puedan llegar a repercutir en el normal y eficiente desenvolvimiento del mercado, dentro del cual no solo hacen parte los consumidores sino también las empresas.” (7)

Con lo cual se concluye que el control previo de las integraciones es uno de los componentes del régimen de protección de la competencia, el cual tiene una finalidad preventiva, con el fin de evitar restricciones indebidas a la competencia.

2.4 Pregunta número 1. El supuesto subjetivo.

Dentro de los criterios que prevé el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el cual modificó el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, para determinar si una integración debe ser autorizada o notificada se deben evaluar los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico.

El supuesto subjetivo se encuentra en la siguiente sección del referido artículo:

“Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor (...)” (8)

En relación con dicho criterio la Superintendencia de Industria y Comercio consideró:

“El primero de los supuestos se presenta con la determinación del mercado en donde se desarrolla la integración. En el precepto se señala que la carga legal de avisar la operación depende irrestrictamente de que la integración involucre empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado. Siendo así entonces, deberá tratarse de una pluralidad de sujetos, concretamente de empresas, que coincidan total o parcialmente en las actividades a que se dedican.” (9)

El supuesto subjetivo a su vez está compuesto de dos elementos, la pluralidad de empresas y la misma actividad económica o misma cadena de valor.

En relación con la pluralidad de empresas la Superintendencia de Industria y Comercio consideró:

“a) Pluralidad de empresas

El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.[6] Abarca cualquier tipo de organización capaz de establecer de

manera autónoma su comportamiento sobre el mercado, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención. De esta manera, la actividad desarrollada por una empresa, comprenderá también todos aquellos mercados de bienes y servicios en los que la organización económica participa y aquellos en los que puede llegar a participar.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho puede concluir que todas las investigadas sin excepción, se ajustan a la fisonomía jurídica de empresa, en tanto desarrollan en forma organizada y habitual una serie actividades de naturaleza económica, labor para la cual tienen destinados a su interior un conjunto de activos.” (10)

Por su parte el concepto de cadena de valor ha sido definido de la siguiente manera por la Superintendencia de Industria y Comercio:

“Entiéndase por cadena de valor al conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.” (11)

En este sentido, se debe tener en cuenta que existen dos clases de integraciones empresariales, las integraciones verticales y las integraciones horizontales.

Las integraciones verticales se definen de la siguiente manera:

“28. Integración vertical: Integración realizada entre empresas ubicadas en diferente eslabón de producción y/o distribución pero en la misma cadena de valor.” (12)

“Las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones o adquisiciones entre empresas cuya relación en el mercado es de proveedor-cliente.” (13)

Por su parte, las integraciones horizontales se han definido así:

“27. Integración horizontal: Integración realizada entre empresas que participan en un mismo eslabón de la cadena de valor.” (14)

“Las concentraciones horizontales son aquellas en las cuales las empresas que participan en la operación de fusión o adquisición son competidoras en el mercado del mismo producto.” (15)

Para efectos de determinar si dos o más empresas participan en una misma cadena de valor debe evaluarse en cada caso la existencia de una relación entre los productos o servicios de cada una de ellas. Dicha relación puede ser de distintas clases, y su determinación requiere de un estudio detallado de los mercados y productos. Por ejemplo, se considera que el bien usado como materia prima y el bien elaborado con dicha materia prima hacen parte de la misma cadena de valor. Otro ejemplo de actividades que pertenecen a una misma cadena de valor son las actividades complementarias, esto es, cuando la caída en el precio del bien producido por una de las

empresas eleva la demanda del bien ofrecido por la otra empresa (16)

De acuerdo con lo anterior, una integración se encuentra dentro del supuesto subjetivo de la norma cuando se presenta una de las siguientes situaciones:

- Las empresas realizan una misma actividad, esto es, producen o comercializan los mismos bienes o prestan el mismo servicio.
- Las empresas participan en la misma cadena de valor.

2.5 Pregunta número 2. Mercado relevante.

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el cual modificó el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 otorga una autorización general para aquellas integraciones empresariales que pese a estar en alguno de los supuestos de la norma, esto es, contar con activos o ingresos conjuntos por encima del umbral fijado para ese periodo, cuenten en conjunto con menos del 20% del mercado relevante:

“CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. El artículo 4o de la Ley 155 de 1959 quedará así:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma 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% 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.(...)” (17) (Subraya fuera del texto).

Por lo cual es de vital importancia la definición del mercado relevante con el fin de determinar en cada operación de integración si corresponde seguir el trámite de la notificación o de autorización.

Para este efecto, el concepto de mercado relevante ha sido definido de la siguiente manera:

“30. Mercado relevante: Mercado en el cual participan las empresas que proyectan llevar a cabo una operación de integración. Está compuesto por el mercado producto y el mercado geográfico.” (18)

Sobre la importancia de definir adecuadamente el mercado relevante, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró:

“Es así como una definición de mercado relevante debe ser apropiada, es decir, debe

seguir las pautas que conduzcan a establecer su real dimensión, partiendo del mercado geográfico y del mercado del producto, entendiéndose el primero como la zona en la cual se desarrolla la competencia entre empresas que operan en un mismo mercado de productos, en tanto que el segundo parte de la determinación del producto producido o comercializado por las empresas intervinientes, productos que se superponen, acompañándose de los productos sustitutos, toda vez que ordinariamente, como ocurre en este caso, el mercado relevante no coincide con el género de productos en forma global sino con un segmento específico que comparte sus características.” (19)

En esta medida, para determinar el mercado relevante se debe hacer un estudio del mercado de producto y del mercado geográfico.

Para identificar el mercado relevante de producto se deben tener en cuenta tres elementos: (20)

- La demanda: Se estudia información sobre las empresas intervinientes en el mercado, la descripción de los productos o servicios, sus usos, precio, cantidades vendidas y productos sustitutos.
- La oferta: Se evalúa la sustituibilidad desde el punto de la oferta, esto es, aquellas empresas que si bien no son competidoras, están en capacidad de empezar a producir o prestar el servicio. Así mismo se evalúa la posibilidad de que se importen dichos bienes.
- Otras características del mercado: Según el mercado a estudiar, puede ser necesario tener en cuenta características propias del mismo, por ejemplo los productos secundarios o conexos.

En relación con la definición del mercado relevante de producto la Superintendencia de Industria y Comercio consideró:

“La delimitación del mercado de producto consiste, desde el punto de vista de la demanda, en encontrar todos los bienes y servicios que el consumidor considere como intercambiables o sustituibles, debido a su precio, sus características y su correspondiente uso [5]. Es decir, encontrar aquellos bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares, hacia los cuales el consumidor podría trasladar su demanda ante una alteración de las condiciones de competencia.” (21)

La definición del mercado relevante geográfico dependerá de si se trata de una integración horizontal o una integración vertical.

Si se trata de una integración horizontal se determinará el área mínima necesaria para que las empresas de manera coordinada encuentren rentable aumentar los precios, permaneciendo constantes los precios de todos los otros productos vendidos en otras áreas geográficas. Para ello se tienen en cuenta las características del producto, la participación de las empresas en las áreas, los costos de transporte, la carga y el bodegaje, la competencia del exterior, entre otros. (22)

En caso de que sea una integración vertical, se realiza el análisis efectuado para el caso de la integración horizontal, en cada uno de los mercados relevantes donde participen

las empresas involucradas en la integración proyectada y que participen en la misma cadena de valor. (23)

En relación con el mercado relevante geográfico la Superintendencia de Industria y Comercio consideró:

“El mercado geográfico relevante corresponde al lugar en donde las empresas ofrecen sus productos y en el que se encuentran los demandantes de los mismos. En dicha área las condiciones de competencia deben ser similares o suficientemente homogéneas de forma tal que pueda distinguirse de las zonas vecinas.” (24)

Finalmente, una vez definido el mercado relevante, a través de la delimitación del mercado de producto y del mercado geográfico, se debe determinar la cuota de mercado de las empresas que proyectan efectuar la integración.

Para este efecto, en el proyecto de Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, la Superintendencia de Industria y Comercio ha consignado una serie de criterios a tener en cuenta: (25)

- Se tienen en cuenta las cifras de ventas de al menos el año inmediatamente anterior a la operación proyectada.
- El análisis de las cuotas de mercado es dinámico, por lo cual se estudian las variaciones que éstas han tenido durante un periodo de tiempo significativo, así mismo se comparan las cuotas de mercado antes y después de la operación proyectada.
- El grado de madurez del mercado.
- El tamaño de las empresas y el número de empresas que participan en el mercado o mercados.

2.6 Pregunta número 3. Trámite de notificación de una integración empresarial.

Tal y como se analizó en el punto inmediatamente anterior, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 tiene por autorizadas las integraciones que se efectúen entre empresas que se encuentren en alguno de los supuestos de dicha norma, pero que en conjunto tengan menos del 20% del mercado relevante.

Sin embargo, para dichas operaciones, si bien no se requiere solicitar y obtener la autorización previa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, sí se hace necesario efectuar el trámite de NOTIFICACIÓN de la operación proyectada.

En este sentido, la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio dispone:

“3 TRÁMITE DE NOTIFICACIÓN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

3.1 Operaciones sujetas a este trámite#61482;

Estarán obligadas a notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera previa, las intervinientes i.) que se dediquen a la misma actividad económica y pretendan realizar operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o

cualquiera sea su forma jurídica, siempre y cuando cumplan cualquiera de los supuestos del factor objetivo, previstos en el numeral 2.1.2 de la presente Resolución, pero que en conjunto cuenten con menos del veinte por ciento (20%) del mercado relevante y/o ii.) que participen de la misma cadena de valor y pretendan realizar operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o cualquiera sea su forma jurídica, siempre y cuando cumplan cualquiera de los supuestos del factor objetivo, previstos en el numeral 2.1.2 de la presente Resolución, pero que en todos los segmentos de la cadena de valor cuenten con menos del veinte por ciento (20%) de cada mercado relevante.” (26)

Dicho trámite consiste principalmente en presentar ante la Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio una comunicación que debe contener la siguiente información:

“3.2 Documento de notificación

El deber de notificación a que se refiere el numeral anterior, se cumplirá presentando un documento que contenga la siguiente información:

- a) Intervinientes en la operación;
- b) Tipo de operación (fusión, consolidación, adquisición o cualquiera sea la forma jurídica);
- c) Definición del mercado (mercado producto y mercado geográfico relevante) o los mercados afectados, según corresponda, y los criterios utilizados para definirlo(s)
- e) Participación porcentual dentro del(os) mercado(s) afectado(s) definido(s). Para cada mercado afectado definido, los interesados deberán indicar la cuota de participación de los competidores y de las intervinientes dentro del mismo, así como la metodología y las fuentes utilizadas para su cálculo.
- f) Indicar si existen normas específicas que regulen la operación de integración.

En caso de tener apoderado, presentar los poderes y certificados de existencia y representación legal de todas las empresas intervinientes. Se exceptúan de esta obligación las tomas de control hostil, en cuyo caso sólo será exigible el poder de la empresa adquirente del control.” (27)

El referido trámite culmina con el acuso de recibo que efectúa la Superintendencia de Industria y Comercio:

“3.3 Acuse de Recibo

La Superintendencia acusará recibo de la notificación, reservándose la facultad de verificar los supuestos descritos en el documento a que hace referencia el numeral 3.1 de la presente resolución.” (28)

2.7 Pregunta número 4. Trámite de solicitud de autorización de una integración empresarial.

Según lo dispone el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, cuando se cumple alguno de los siguientes requisitos, y no se está dentro del supuesto previsto para el trámite de notificación, el cual se analizó en el numeral inmediatamente anterior, se debe llevar a cabo el trámite de solicitud de AUTORIZACIÓN de la integración:

“CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. El artículo 4o de la Ley 155 de 1959 quedará así:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma 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. (...)” (29)

En este sentido, el Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio establece:

“2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIZACION DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

2.1 Operaciones sujetas a este trámite

Las operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o integración cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada deberán ser informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concurren en ellas los siguientes supuestos:

2.1.1 Supuesto Subjetivo

- a) Cuando las empresas intervinientes desempeñen la misma actividad económica, o
- b) Cuando las empresas intervinientes se encuentren en la misma cadena de valor

2.1.2 Supuesto Objetivo

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

Para efectos de calcular los ingresos operacionales y los activos totales señalados anteriormente, se tendrá en cuenta la sumatoria de los valores registrados en los estados financieros de cada una de las empresas intervinientes, incluyendo aquellas con quienes se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control, del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de informar la operación de integración proyectada.” (30)

Dicho trámite se encuentra previsto en el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009:

“PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN CASO DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada, se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Los interesados presentarán ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de preevaluación, acompañada de un informe sucinto en el que manifiesten su intención de llevar a cabo la operación de integración empresarial y las condiciones básicas de la misma, de conformidad con las instrucciones expedidas por la autoridad única de competencia.

2. Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del informe anterior y salvo que cuente con elementos suficientes para establecer que no existe la obligación de informar la operación, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará la publicación de un anuncio en un diario de amplia circulación nacional, para que dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación se suministre a esa entidad la información que pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada. La Superintendencia de Industria y Comercio no ordenará la publicación del anuncio cuando cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, cuando los intervinientes de la operación, por razones de orden público, mediante escrito motivado soliciten que la misma permanezca en reserva y esta solicitud sea aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la información a que se refiere el numeral 1 de este artículo, la autoridad de competencia determinará la procedencia de continuar con el procedimiento de autorización o, si encontrarse que no existen riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación, de darlo por terminado y dar vía libre a esta.

4. Si el procedimiento continúa, la autoridad de competencia lo comunicará a las autoridades a que se refiere el artículo 8 de esta ley y a los interesados, quienes deberán allegar, dentro de los quince (15) días siguientes, la totalidad de la información requerida en las guías expedidas para el efecto por la autoridad de competencia, en forma completa y fidedigna. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar que se complemente, aclare o explique la información allegada. De la misma manera, podrán los interesados proponer acciones o comportamientos a seguir para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Dentro del mismo término los interesados podrán conocer la información aportada por terceros y controvertirla.

5. Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada.

6. La inactividad de los interesados por más de (2) dos meses en cualquier etapa del procedimiento, será considerada como desistimiento de la solicitud de autorización.” (31)

Finalmente, dicho trámite se detalla en los numerales 2.2 a 2.8 del Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual puede ser consultado en el siguiente link: <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/titulos>.

3. Conclusiones

3.1 La cadena de valor son el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. Para efectos de determinar si dos o más empresas participan en una misma cadena de valor debe evaluarse en cada caso la existencia de una relación entre los productos o servicios de cada una de ellas.

3.2 Una vez definido el mercado relevante, a través de la delimitación del mercado de producto y del mercado geográfico, se debe determinar la cuota de mercado de las empresas que proyectan efectuar la integración. Para este efecto, en el proyecto de Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, la Superintendencia de Industria y Comercio ha consignado una serie de criterios a tener en cuenta.

3.3 El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 tiene por autorizadas las integraciones que se efectúen entre empresas que se encuentren en alguno de los supuestos de dicha norma, pero que en conjunto tengan menos del 20% del mercado relevante. Sin embargo, para dichas operaciones, si bien no se requiere solicitar y obtener la autorización previa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, sí se hace necesario efectuar el trámite de notificación de la operación proyectada.

3.4 Cuando se cumple alguno de los requisitos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y no se está dentro del supuesto previsto para el trámite de notificación, se debe llevar a cabo el trámite de solicitud de autorización de la integración, previsto en el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009.

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Notas de referencia:

- (1) Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.
- (2) Artículo 333 de la Constitución Política.
- (3) Corte Constitucional, Sentencia C- 624 del 4 de Noviembre de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- (4) Ibídem.
- (5) Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- (6) Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 22624 del 5 de Septiembre de 2005, la cual se puede consultar en el siguiente link: http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/resolucion_superindustria_22624_2005.htm#1.
- (7) Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 15917 del 6 de Junio de 2003, la cual puede ser consultada en el siguiente link: http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/resolucion_superindustria_15917_2003.htm?q=integración.
- (8) Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.
- (9) Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 8315 del 28 de marzo

de 2003, la cual puede ser consultada en el siguiente link:
http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/resolucion_superindustria_8315_2003.htm#1.

(10) Ibídem

(11) Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 35006 del 30 de Junio de 2010, Por la cual se imparten instrucciones sobre el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial y se adoptan unas guías, la cual se puede consultar en el siguiente link:
http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/resolucion/superindustria/2010/resolucion_superindustria_35006_2010.html.

(12) Superintendencia de Industria y Comercio, Proyecto de Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, el cual se puede consultar en el siguiente link:
<http://www.sic.gov.co/es/web/guest/guia-de-integraciones>, numeral 28.

(13) Coloma, Germán, Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado, Editorial Ciudad Argentina, 2003, página 294.

(14) Ibídem, numeral 27.

(15) Coloma, Germán, Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado, Editorial Ciudad Argentina, 2003, página 294.

(16) Ibídem, numeral 61.

(17) Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

(18) Superintendencia de Industria y Comercio, Proyecto de Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, numeral 30.

(19) Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 13076 del 29 de abril de 2002, la cual puede ser consultada en el siguiente link:
http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/resolucion_superindustria_13076_2002.htm#1.

(20) Superintendencia de Industria y Comercio, Proyecto de Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, numerales 72 a 106.

(21) Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 51694 del 4 de Diciembre de 2008, la cual puede ser consultada en el siguiente link:
http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/resolucion_superindustria_51694_2008.htm?q=mercado+de+producto.

(22) Superintendencia de Industria y Comercio, Proyecto de Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, numeral 109.

(23) Ibídem, numeral 114.

(24) Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución número 51694 del 4 de Diciembre de 2008.

(25) Superintendencia de Industria y Comercio, Proyecto de Guía de Análisis de Integraciones Empresariales, numerales 117 a 137.

(26) Numeral 3 del Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual puede ser consultada en el siguiente link: <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/titulos>.

(27) Ibídem, numeral 3.2.

(28) Ibídem, numeral 3.3.

(29) Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

(30) Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(31) Artículo 10 de la Ley 1340 de 2009.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Asesor de la Oficina Jurídica