

Excepción de empresa en crisis. Ideas generales sobre la regulación de la figura en el Derecho comparado y su aplicación en Colombia*

DIANA LUCÍA HERNÁNDEZ**

RESUMEN

La excepción de empresa en crisis o *Failing Firm Defense* –FFD– es una creación anglosajona de hace poco menos de un siglo, que ha sido concebida como un mecanismo para auxiliar a empresas en situación de crisis financiera permitiendo su concentración-integración con otras en situación de solvencia, incluso si la operación, desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia, puede generar situaciones de dominancia o ser objetada por parte de las autoridades de competencia.

Tanto en los Estados Unidos de América como en la Unión Europea, se han suscitado doctrinas, jurisprudencia y pronunciamientos que han dado cuerpo a la figura de excepción de empresa en crisis, sin que su tratamiento pueda definirse como pacífico o sencillo, toda vez que su alcance ha dado lugar a grandes controversias respecto a conceptos y regulaciones "tradicionales", como son los monopolios, el abuso de la posición de dominio y los límites entre la liquidación judicial, la reorganización empresarial y el principio de conservación de las empresas.

No obstante la importancia de la figura y la problemática que plantea su aplicación, en el Derecho comparado, en Colombia aún no existe pronunciamiento alguno respecto a la oportunidad, el uso y los límites de esta figura;

* Fecha de recepción: 16 de octubre de 2013. Fecha de aceptación: 27 de junio de 2014. Para citar el artículo: HERNÁNDEZ, DIANA LUCÍA. "Excepción de empresa en crisis. Ideas generales sobre la regulación de la figura en el Derecho Comparado y su aplicación en Colombia", en *Revista E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 1, enero-junio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 73-89.

** Abogada, de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: diana.lucia982@gmail.com.

por tal razón, mediante este trabajo se busca presentar la situación actual de la excepción de la empresa en crisis en los sistemas en que se encuentra regulada, con el fin de examinar su efectividad y aportar herramientas de análisis para un potencial estudio y desarrollo del tema en nuestro país.

PALABRAS CLAVE

Empresa en crisis; Failing Firm Defense; Concentración empresarial; Integración empresarial; Excepción de empresa en crisis; Monopolio; Liquidación; Abuso de la posición de dominio.

ABSTRACT

The failing firm defense is an Anglo-Saxon creation conceived almost a century ago. This conception has been conceived in order to support the fusion-integration of companies in financial crisis with others in solving situation, even if its operation from the competence defense right perspective, generates dominance situations, or is objected by the fair competence authorities.

Not only the United States of America but the European Union elicited doctrines, jurisprudences, and statements that have embodied the figure of failing firm defense, but its treatment was not pacific or simple. The reach of these has generated significant controversies regarding concepts and "traditional" regulations such as monopolies, abuse of domain position, and limits between judicial liquidation, corporate reorganization and the principle of conservation of companies.

Despite the importance of this figure as well as the scenario where it can be applied, there is no pronouncement in Colombia about the opportunity, the use and the boundaries of this figure. For this reason, the aim of this study is to present the current situation of the failing firm defense at the systems in which it is regulated, in order to review its effectiveness as well as provide tools of analysis that allow a potential study and development of this topic in our country.

KEYWORDS

Companies in Crisis; Failing Firm Defense; Business Concentration; Enterprise Integration; Monopoly; Liquidation; Abuse of Dominant Position.

INTRODUCCIÓN

Desde la caída del sistema financiero en el año 2008, la ciencia jurídica ha intensificado sus esfuerzos por introducir posibles soluciones tanto a la crisis como a la situación particular de los distintos agentes involucrados en esta situación. Las empresas, como uno de los sujetos con mayor relevancia en el sistema de la economía de mercado, se han constituido, tanto en el pasado como en la actualidad, en una de las víctimas directas de la crisis económica. En este escenario, son las empresas las primeras que deben ser protegidas mediante la implementación de medidas de salvaguarda no solo para asegurar su supervivencia y la estabilidad económica general sino también con miras a conservar los empleos que generan y la movilidad de la riqueza que depende de su adecuado funcionamiento.

Precisamente atendiendo estas necesidades, se ha recurrido con mayor frecuencia a figuras jurídicas que garantizan la permanencia de las empresas en el mercado y a través de las cuales se flexibilizan algunos principios y reglas generales sobre el desarrollo de la libre competencia.

En el ámbito concreto de la excepción de eficiencia, como ejemplo de lo antes mencionado, hay que tener en cuenta que su implementación supone flexibilizar, acotar o amoldar conceptos que durante años se estimaron inamovibles, como lo son la prohibición de los monopolios, del abuso de la posición de dominio en el mercado y la estricta aplicación del régimen de control previo de las integraciones empresariales, con el fin de proteger la empresa y garantizar su existencia y los beneficios de su desarrollo.

La experiencia internacional ha demostrado que la figura del Failing Firm Defense –FFD–, si bien a primera vista choca con la aplicación de reglas y principios tradicionales, ha resultado muy útil en momentos de crisis y en momentos en los cuales la conservación y protección de las empresas se vuelve una necesidad imperativa dada su función social y su importancia dentro de un modelo de economía social de mercado. El estudio de la figura en el Derecho comparado hará evidente las ventajas y riesgos de la figura y su compatibilidad con la legislación colombiana, lo que además nos exigirá establecer en qué grado sería admisible su desarrollo y cuáles serían sus límites.

I. LAS PROHIBICIONES DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA VERSUS LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA

A través de la historia, la prohibición de los monopolios –a excepción de los aceptados expresamente por ley–, ha sido el común denominador en las distintas normativas *antitrust* o de libre competencia.

La Real Academia Española define monopolio como aquella "situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor", citando además su origen etimológico del latín *monopolium* y este a su vez

del griego (*mono* = uno, *polein* = vender). Por su parte, MIRANDA LONDOÑO lo ha definido como una situación económica en la cual "únicamente existe un productor del bien en cuestión y para efectos del análisis se supone que no existen posibilidades de que aparezcan competidores en el mercado". De otro lado, FERNÁNDEZ DE LEÓN lo enuncia como aquella "supresión de la libre concurrencia en una determinada esfera de la vida económica"¹.

Dentro del ordenamiento colombiano no existe ninguna definición legal de monopolio; empero, esto no quiere significar que no exista regulación en relación con esta conducta a la que expresamente alude el artículo 336 de nuestra Carta Política que, aunque no define la figura, sí la prohíbe vehementemente:

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley...

Por su parte, el Decreto 2153 de 1992, sin referirse a los monopolios, proscribire el abuso de la posición dominante que siendo una conducta distinta, tiene una íntima relación con aquellos en la medida en que los monopolios en sí confieren una posición dominante, aunque debe tenerse en cuenta que no toda posición dominante implica necesariamente la existencia de un monopolio.

Junto a las normas de prohibición del abuso de la posición de dominio y de las conductas anticompetitivas, el Decreto 2153 de 1992 introdujo el tema del "control de las operaciones de integración empresarial" cuando quiera que ellas generen una afectación grave al mercado. Por otro lado, tanto el Decreto 2153 de 1992 como la Ley 1340 de 2009 han dispuesto que las operaciones de integración que cumplan los umbrales y requisitos trazados en la ley deben informarse de manera previa a efectos de que la Superintendencia de Industria y Comercio haga una revisión de la operación desde la perspectiva del derecho a la libre competencia; regulaciones que, a la postre, demuestran el interés del Estado colombiano por regular y limitar los monopolios.

En este escenario, resulta crucial indagar: ¿qué tan estrictos resultan los mandatos del derecho de la libre competencia en caso de una crisis económica?, ¿sería posible dilatar o flexibilizar los controles a las operaciones de concentración en casos excepcionales o cuando se tienen fines de estabilización? O, por el contrario, ¿debería hacerse más estricto el mandamiento legal?

Es sabido que en determinadas ocasiones y bajo ciertas circunstancias las autoridades administrativas han flexibilizado la prohibición de los monopolios y la regulación del abuso de la posición de dominio, al autorizar, por ejemplo, una operación comercial que en principio sería considerada anticompetitiva o al permitir la creación de situaciones de dominancia con el fin de proteger un mercado, una industria o un sector de la economía —excepción de eficien-

1 FERNÁNDEZ DE LEÓN, GONZALO. *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ed. Fidenter, 1955, p. 232.

cia económica—, situación que permite inferir que ciertas reglas del Derecho de la Libre competencia pueden llegar a ser adaptadas a ciertas condiciones especiales que ameriten un trato especial.

Precisamente en este contexto de flexibilización, se ubican las operaciones de concentración empresarial que, a pesar de generar situaciones que afectan la libre competencia —dominancia en el mercado, cierre de mercados, monopolización, acuerdos anticompetitivos— se autorizan por cuanto una de las empresas relacionadas —la adquirida— está en situación de crisis financiera y por tanto en una situación de inminente liquidación.

Dicha autorización enunciada como *Failing Firm Defense* o FFD, y en español, *excepción de la empresa en crisis* es una creación de antigua data y de raíces nebulosas. Su primera aplicación efectiva se dio según algún sector de la doctrina con el célebre caso de *International Shoes* (1910), que ha sido citado como la cuna del FFD. Otro sector manifiesta que no son claros los orígenes de la FFD y, en cualquier evento, los rasgos actuales de la figura son completamente diferentes a los que tuvo en sus inicios.

Pero conviene preguntarse: ¿existe posibilidad legal de flexibilizar el mandato constitucional a impedir la formación de monopolios? Para resolver este planteamiento, podemos acudir en primer término a la Constitución Política, haciendo énfasis en la función social de la empresa y la función social de la propiedad, artículos 333 y 58, respectivamente.

Para referirnos brevemente a la función social de la empresa, la Corte Constitucional colombiana ha fundamentado su posición en el apartado segundo de dicho artículo, en el que se enuncia a la empresa como base de él, y se establece que, donde si bien es un derecho de todos constituir empresa, tal derecho también abarca obligaciones. A su vez, dicha fuente entiende a la empresa como un medio y no como un fin, pues el fin en sí mismo, como ya se dijo, es el desarrollo de la economía y, por ende, de la sociedad. En este orden de ideas, las empresas en su conjunto son las que permiten el desarrollo efectivo del mercado y de la sociedad en general, de manera que si un sector económico decae o se degenera considerablemente, no será solo la propiedad y/o la empresa la perjudicada económicamente sino el mercado y por ende la sociedad colombiana en general, pues es claro que, a la postre, resultarían damnificados todos los ciudadanos. Es entonces deber del Estado nacional velar por la estabilidad de las empresas y su efectiva liquidez con el fin de proteger la economía nacional y cumplir con su deber constitucional de dirección de la economía.

Por tal motivo, está en cabeza del Estado colombiano evaluar y validar los diferentes mecanismos que les permitan a las empresas cumplir con su función social; esto es, con su efectivo funcionamiento para la protección y el desarrollo de la economía.

II. LA GÉNESIS DE LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS

A. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

En 1930, la Corte Suprema de los Estados Unidos profirió un fallo que resultaría único en cuanto a su importancia, nos referimos al acreditado caso de *International Shoe*. En este caso, la Comisión Federal de Comercio se había opuesto a la fusión entre dos empresas zapateras por considerar que la operación atentaba deliberadamente contra el *Clayton Act*, toda vez que su ejecución conllevaba un efecto sustancialmente adverso a la competencia en cuanto limitaba el comercio interestatal. La Corte Suprema decidió permitir la fusión entre las compañías zapateras al observar que una de las empresas comprometidas en la operación se encontraba en serias dificultades financieras. En este caso, la Corte configuró una excepción a la regla general de protección a la libre competencia siempre que la operación de concentración económica tuviera como fin salvar una empresa en situación de crisis económica². De este modo, se estableció una figura que si bien no tenía delimitado un marco de especial aplicación, sí resultaba de gran importancia económica.

En 1969, de nuevo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos tuvo la oportunidad de avanzar en el estudio de la figura de la FFD, esta vez trazando de manera más detallada los requisitos que se debían cumplir para poder recibir el visto bueno a la operación de concentración económica. En este caso existían dos periódicos (*Citizen Publishing Co* y *The Star*) en un mismo territorio estatal que solicitaban el aval para que entre ellos se pudiera realizar una operación de concentración económica que, vista en circunstancias normales, no se habría permitido. Nuevamente la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la operación, pues el diario que reportaba pérdidas (*The Citizen*) se encontraba en una situación financiera bastante precaria. En este caso, a diferencia de lo ocurrido en el asunto *International Shoe*, la Corte Suprema señaló que a efectos de aplicar la excepción era necesario no solo demostrar la incapacidad económica de la empresa "en crisis" sino el cumplimiento de otros

2 "El Tribunal, entre otras circunstancias, alegó que no había existido competencia sustancial entre las dos empresas con anterioridad a la operación de concentración. Este caso fue resuelto antes de que se llevaran a cabo las enmiendas a la sección 7 de la Clayton Act mediante la Celler-Kefauver Act de 1950. En el momento en el que la sentencia fue dictada, la Clayton Act solo se aplicaba a concentraciones llevadas a cabo mediante la adquisición de acciones entre empresas competidoras. La reforma extendió el campo de aplicación de la sección a concentraciones realizadas tanto mediante la adquisición de acciones como de activos así como a cualquier reducción sustancial de la competencia, no simplemente de la competencia existente entre las empresas parte en la operación". HERRERO SUÁREZ, CARMEN. "Excepción de la empresa en crisis en el control de la concentración empresarial", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, p. 144.

requisitos para que fuera dable la autorización. En este sentido, se indicó que la empresa en dificultades debía demostrar que, en caso de que hubiera otras posibilidades de recuperación, estas eran muy tenues e inclusive inexistentes.

Es importante señalar que los motivos por los cuales se autorizaron las operaciones de concentración empresarial en los casos señalados no se debieron exclusivamente a los relacionados con la crisis económica de una de las empresas participantes en la operación. Así, por ejemplo, en el caso de *International Shoe* la operación se autorizó en primer plano para proteger a la empresa que estaba en crisis, pero también para brindar una adecuada protección a los acreedores de dicha empresa y evitar que sus créditos terminaran insatisfechos dentro de un proceso de insolvencia. Actualmente, la justificación del FFD es mucho más amplia en la medida que involucra no solo la protección de los entes crediticios o acreedores en general sino la protección del mercado y de adecuado funcionamiento y, por tanto, la protección de la empresa como entidad productiva.

Pese a que los elementos constitutivos de la excepción de la empresa en crisis aún no están completamente definidos y delimitados ni siquiera en el ámbito doctrinal, existen unos requisitos que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha considerado primarios para establecer si es o no factible la admisión del FFD y, en esta medida, la operatividad de esta excepción a la luz de las normas generales de control de las operaciones de concentración económica está supeditada a que la Corte Suprema evalúe: 1. Que la empresa en crisis no está en condiciones de cumplir sus obligaciones financieras en un futuro cercano; 2. Que la empresa no es capaz de empezar un proceso de reorganización empresarial según el capítulo 11 del "Bankruptcy Act"; 3. Que la empresa ha hecho esfuerzos razonables de buena fe pero infructuosos para evitar que sus activos salgan del mercado buscando que operen otros mecanismos que suponen un peligro menor que la mencionada excepción, y 4. Que como consecuencia de la no aplicación del FFD, los activos de la empresa en crisis saldrán del mercado relevante³. Estos requisitos son considerados como exigencias *sine qua non* para estudiar la aplicación de la excepción, lo que no significa que impida a la Corte Suprema añadir o eliminar requisitos acudiendo a la filosofía del *Common Law* y de la clara evolución que reviste la jurisprudencia.

Es de anotar que la carga de probar que efectivamente se cumplen los requisitos esbozados no radica en cabeza de la entidad competente de realizar la evaluación del FFD, al no tener el deber de realizar un estudio de manera oficiosa del mercado objeto de estudio y de los respectivos requerimientos para dar lugar al FFD; por el contrario, la carga probatoria reside en las entidades que presentan la solicitud de aprobación de la excepción, surgiendo entonces un gravamen de magna labor por parte de la entidad en crisis, ya que

3 1992 Horizontal Merger Guidelines § 5.1.

sus esfuerzos no tendrán que estar únicamente encaminados a la salvación de la empresa sino adicionalmente a convencer a la entidad competente de que es necesaria la implementación del FFD so pena de liquidación de la cuota de la empresa en el mercado específico. En este orden de ideas, a la autoridad competente será la que a la postre le corresponda verificar todos los elementos esenciales del FFD, teniendo en su cabeza la responsabilidad de fijar todas las posibles alternativas que dicha actuación va a generar tanto en el presente como en el futuro del mercado a estudiar, pues ha de recordarse que se trata de una excepción y no de una regla de orden general.

Como último ejemplo, cabe mencionar el caso *United States v. General Dynamics Corp.*, fallado en 1974 por la Corte Suprema estadounidense. Este caso constituye un referente histórico en el sentido de que fue el primero que se presentó ante la jurisdicción desde la petición gubernamental de enmendar *The Clayton Act.*, y, adicionalmente, por el especial grado de prueba que se exigió a las empresas que solicitaban la aplicación de la excepción. En este caso, se demandó a *General Dynamics*, empresa que había adquirido a *Material Service Corporatio* que a su vez había adquirido a *United Electric Coal Company* y que en consecuencia tenía una posición de fortaleza dentro del mercado relevante. La Corte Suprema argumentó que se oponía a las pretensiones del Estado toda vez que *United Electric* no tenía los suficientes insumos para poder mantenerse en competencia, razón por la cual, en un futuro cercano tal empresa estaría fuera del mercado determinado, en el caso específico, el mercado del carbón, si no hubiera tenido lugar la operación de adquisición⁴.

Los casos mencionados dejan entrever cómo la Corte Suprema de Justicia estadounidense, a través de sus decisiones, ha ido poco a poco adicionando y esclareciendo la doctrina y el ámbito de aplicación de la FFD, lo que a la postre significa que este concepto seguirá evolucionando de manera dinámica e involucrando nuevos elementos o condiciones para su aplicación.

B. LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA

La doctrina del FFD ha sido importada por la Unión Europea. Así, pese a que en el reglamento de concentraciones de empresas (Reglamento 139 de 2004) el tema no está expresamente reglamentado, la Comisión ha fallado varios casos emblemáticos a través de los cuales ha propiciado la creación de una doctrina favorable a la FFD dentro del ámbito de la Unión.

La Comisión Europea, a diferencia de lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha entendido la figura a partir de la ausencia del

4 DIAMANT, IRENE. *The Failing Company Doctrine Since General Dynamics: More Than Excess Baggage*. Disponible en [<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2361&context=flr>].

nexo causal entre la operación de concentración y la posición de dominio, requisito este que debe ser entendido a la luz del apartado 2 del artículo 2 del Reglamento 139 de 2004, pues existe un supuesto en el que la posición de dominio no será fruto de una concentración empresarial o, incluso, que la posición de dominio se consolidará independientemente de la autorización o no de la operación por parte de la Comisión⁵. En este orden de ideas, al encontrar que no existe una relación causal entre dichos elementos, la Comisión ha dado la autorización de la operación bajo ciertos supuestos que deben ser cumplidos a cabalidad por las empresas involucradas dentro de la operación de concentración empresarial.

1. Caso Kali und Salz y Mitteldeutsche Kali

El 14 de julio de 1993, las empresas *Kali und Salz* y *Mitteldeutsche Kali*, presentaron la propuesta de fusión en el marco europeo de control de concentraciones empresariales. *Mitteldeutsche Kali* era una empresa estatal que estaba en un notable estado de insolvencia, y cuya permanencia en el mercado se debía únicamente al apoyo de *Treuband*, cuya ayuda ya no podía seguir siendo efectiva en virtud de la regulación comunitaria en ayudas estatales.

Aunque atendiendo a las participaciones de ambas empresas resultaba claro que unidas tendrían el 98% del mercado común –en este caso de insumos fertilizantes (potasio) y rocas salinas–, era innegable que la porción comercial que correspondía a Mdk, en el supuesto en que esta se viera obligada a salir del mercado por la quiebra o liquidación de la misma, quedaría en cabeza de *Kali und Salz*; en otros términos, la Comisión Europea determinó que la operación no era contraria a la sana competencia, pues mediara o no autorización por su parte, la posición monopolística por parte de *Kali und Salz* innegablemente se configuraría.

A pesar de haber sido apelada la decisión por parte del gobierno francés, así como de la sociedad comercial de potasio (SCPA) al considerar que no se había aplicado la excepción como debía, esto es, según los apelantes, al no seguir los lineamientos establecidos por las reglas del FFD en los Estados Unidos, el Tribunal de Justicia indicó que en ninguna instancia se había pretendido seguir los planteamientos de las autoridades estadounidenses, dejando claras las diferencias entre ambos ordenamientos respecto de la aplicación de una misma figura, por lo que básicamente la Corte confirmó lo que la Comisión había argumentado. En otros términos, aun cuando la afirmación de los apelantes fue válida para la interposición del recurso, en realidad no constituyó un argumento de mayor contundencia para lograr la revocación de la decisión,

5 HERRERO SUÁREZ, CARMEN. "La excepción de la empresa en crisis en el control de la concentración empresarial", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, p. 148.

toda vez que quedó efectivamente probado que si Mdk no era absorbida en un futuro cercano inevitablemente tendría lugar su liquidación por la crisis financiera que estaba viviendo.

Como resultado de dicho fallo, se establecieron varios requisitos para que tanto en este caso como en los subsiguientes, las decisiones se adoptaran con base en criterios claros y delimitados, asegurando que la aplicación de la excepción no resultara arbitraria, y se protegiera en debida forma el funcionamiento de la competencia y de los mercados.

En este orden de ideas, la Comisión Europea estableció tres requisitos que a su entender debían estructurarse para que se consolidara la excepción de FFD, a saber:

1. Probar que la empresa adquirida se vería obligada en el futuro cercano a abandonar el mercado si no fuera absorbida por otra empresa.
2. Probar que la empresa compradora adquiriría la porción del mercado de la empresa en crisis en caso de que no se llegara a configurar la concentración.
3. Probar que no existía otra alternativa menos perjudicial para la competencia que la autorización de la operación de concentración económica.

Para mayor entendimiento, los mencionados requisitos serán analizados separadamente en razón a que cada uno de ellos hace referencia a una situación diferente⁶. En efecto, se debe entender que el primer requisito se centra en la empresa en crisis, pues analiza si efectivamente esta se encuentra en un notable estado de insolvencia o no, y adicionalmente si dicha realidad se concretará en un futuro cercano, en caso de no ser compatible la situación efectiva con la exigencia del FFD, la condición resultará inválida y por tanto no será factible aplicar la "excepción de la empresa en crisis". Este supuesto puede configurarse en un escenario donde la empresa se encuentre en un estado de pérdidas financieras pero no de imposible recuperación, en cuyo caso no sería inminente su salida del mercado y posterior liquidación, sino que podría solicitar un procedimiento de reorganización empresarial, situación mucho menos extrema a la enunciada por el FFD.

Si bien es cierto que el requisito a primera vista resulta claro y sencillo, en la práctica resulta complejo dilucidar en qué grado de crisis se encuentra la empresa, pues en ocasiones empresas que estaban en situación de innegable "quiebra", han resultado triunfantes de tal situación adversa e incluso han retornado a la escena comercial con éxito; en oposición a esto, se puede colegir que el hecho de que existan casos excepcionales no quiere decir que todas las que se lleguen a presentar llegarán a tal circunstancia; por lo tanto, el análisis debe estar revestido de un estudio en concreto para evitar al máximo errores de evaluación en la aplicación del FFD.

6 Siguiendo el planteamiento del IOANNIS KOKKORIS.

El segundo elemento requerido para que la Comisión Europea avale la aplicación del FFD, fija un escenario hipotético en el cual no se llegó a concretar la operación, es decir, imagina una eventual negación de la concentración y punto seguido evalúa las posibilidades que tendría la empresa sana financieramente de adquirir la porción del mercado de la empresa en crisis. En este punto se pasa a analizar la situación de la empresa adquiriente, de modo tal que se debe hacer una evaluación a profundidad de su pasado y el presente para tratar de definir la eventual conducta de dicha compañía en un mercado en el cual un competidor directo está en crisis o desaparece.

El último presupuesto de aprobación se refiere específicamente al mercado al cual pertenecen las compañías objeto de estudio, situación que también tiene estrecho nexo con la interpretación antes enunciada. En relación con este ítem, es necesario evaluar las peculiaridades de cada mercado, ya que las circunstancias que rodean cada tipo de economía varían en relación con el tiempo y espacio en que se hace el análisis.

Para ilustrar lo ya aludido, se puede comparar brevemente el mercado de hidrocarburos con el de las productoras discográficas para discernir la ardua tarea de desarrollar los requisitos enunciados. Tenemos como premisa que existen recursos finitos e infinitos; ejemplo de los primeros son el petróleo y el carbón y, en general, aquellos bienes provenientes de la naturaleza; en contraste, existen bienes que son inagotables en la medida que provienen del intelecto y creatividad humana, recurso que es inextinguible por su misma naturaleza. En este orden de ideas, resulta obvio que en ciertos territorios donde existen recursos finitos eventualmente se verán menguadas las industrias especializadas y en consecuencia la oferta de este tipo de bienes, afectando así la competencia; mientras que en las industrias productoras su materia prima no menguará por el uso de la misma, de manera que la industria de este mercado no se encuentra sujeta a la desaparición de los insumos, y por consiguiente no se podría configurar una lesión a la competencia por falta de productores en relación con la extinción paulatina de su capital. En atención a lo señalado, debe entenderse que el análisis varía de acuerdo a cada mercado y, por ende, de la eventual empresa adquirida y adquiriente, por lo que la evaluación juiciosa de los requisitos deberá ser en grado más o menos profundo dependiendo de la situación estudiada.

2. Evolución de los presupuestos

Las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas⁷ enuncia en su capítulo VIII la "excepción de la empresa en crisis",

7 Reglamento n.º 139 de 2004.

señalando que la Comisión Europea puede concluir que una concentración empresarial es compatible con el mercado común aun cuando la operación plantee problemas de competencia, si una de las empresas involucradas en la misma se encuentra en una situación de crisis económica. Tal enunciación es de vital importancia pues, a diferencia de lo ocurrido en el caso de los Estados Unidos, en la Unión Europea existe Derecho positivo (es Derecho positivo, pues las directrices enuncian tácitamente la excepción, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos) referente a la definición y los requisitos que se deben cumplir.

No obstante, aunque el principio básico siempre ha sido el mismo según lo enuncian las mismas Directrices⁸, la Unión Europea, en cabeza de sus autoridades en materia de competencia, ha agregado a la excepción elementos que inicialmente la Comisión de los Estados Unidos de América no tuvo en cuenta para fallar los procesos del FFD. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la guía para la evaluación sustantiva de fusiones⁹, en la que se establece como segundo requisito que no debe haber ninguna expectativa seria de reorganización, dejando de lado el segundo requisito expresado por la Comisión en la decisión del caso de *Kali und Salz* y *Mitteldeutsche Kali*.

Igualmente encontramos que las Directrices enuncian como tercer requisito (aunque mantiene los dos primeros enunciados en el caso *Kali und Salz* y *Mitteldeutsche Kali*) que de no mediar la concentración innegablemente desaparecerán los activos de la empresa en crisis. Es preciso hacer notar las diferencias entre el requisito enunciado por las Directrices y el requisito que mencionó la Comisión en el referido caso, donde reza que la porción del mercado, incluyendo los activos de la empresa en crisis se transferirá a la adquirente, pues aunque en ocasiones resulte obvio, en el primer supuesto, es decir el requisito enunciado por la Comisión, deben desaparecer los activos, mientras que en la nueva interpretación (relativa a las Directrices) dichos bienes no se ausentan sino que trasladan en cabeza del adquirente. Entendiendo así las cosas, consideramos que los requisitos no son inamovibles y, por el contrario, es evidente que mutan en sus interpretaciones, aunque es importante señalar que la esencia pura de la figura se ha mantenido en el curso de su historia.

III. FAILING FIRM DEFENSE EN COLOMBIA

Pese a que el FFD nació como una solución dada por la Corte Suprema Federal para situaciones específicas, tal planteamiento ha evolucionado a tal punto que ha suscitado pronunciamientos por parte de las autoridades en materia del Derecho a la libre competencia, tales como Federal Trade Commission y

8 "Que el deterioro de la estructura competitiva tras la concentración no se deba a ésta".

9 En su idioma original: Mergers Substantive assessment guidance. Enterprise Act.

la división antritrust del Departamento de Justicia; inclusive, en el Derecho Comunitario Europeo ha sido tal su importancia que existen normas relativas a los requisitos y presupuestos para la aplicación de la FFD.

En el Derecho colombiano, contrario a lo ocurrido en el Derecho comparado que hemos referido, no existe regulación o pronunciamiento alguno por parte de la doctrina especializada y tampoco una directriz o manifestación de la autoridad encargada (Superintendencia de Industria y Comercio) referente al tema, por lo cual nos encontramos ante un vacío normativo en nuestro ordenamiento respecto de situaciones que tienen gran envergadura económica.

Es importante señalar que la falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico no se debe a una omisión a conciencia; es decir, la ausencia de reglamentación no se debe a que esté prohibido establecer excepciones o supuestos en los cuales se da prioridad a la empresa y a la libre voluntad de los empresarios por encima de las normas de libre competencia económica. Para ejemplificar que las excepciones en materia de Derecho de la competencia son posibles, la Ley 1340 de 2009 permite una integración empresarial cuando "los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia"¹⁰. En consecuencia, en nuestro ordenamiento existe una salvedad respecto a la afectación de la competencia, donde se sopesan los beneficios generados por la operación, en contraposición a los perjuicios que se pudieran generar. A nuestro juicio, la excepción de eficiencia es un antecedente que permite y justifica plenamente la implementación del

10 "Artículo 12. EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA: La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios. "En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

"La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse de objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

"PARÁGRAFO 1.º. Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

"PARÁGRAFO 2.º. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados".

FFD en Colombia en la medida en que permite la ponderación de bienes jurídicos protegidos: uno prevalece frente al otro, en este caso, el interés común.

Por otro lado, suponemos como fundamento para la aplicación del referido concepto, el artículo 333 de la Constitución Política colombiana, que consagra a la empresa como "base de desarrollo" en la medida en que como institución contribuye activamente al crecimiento económico de la sociedad¹¹; se comprende entonces que la "Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones" y se reconoce que su acción no solo se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general¹².

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia afirma que "la satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar"¹³. Esta premisa se eleva a nivel legal en el artículo 1.º de la Ley 1116 de 2006, que define la empresa como "unidad de explotación económica y de fuente generadora de empleo". Así las cosas, es claro el alto impacto que la empresa como unidad singular representa para el país, pues ella es generadora de empleo y bienestar, principios básicos para el Estado Social de Derecho y de crucial envergadura, pues la prosperidad de la sociedad está marcada en cierto grado por el rumbo de la economía nacional y de sus empresas.

En consecuencia, la empresa es fundamental como estructura individual y colectiva para el Estado colombiano y por tanto este, en cumplimiento de su mandamiento constitucional de dirección general de la economía, deberá crear y propiciar todos los mecanismos que estén a su alcance para salvaguardar la empresa. Estas consideraciones nos permiten afirmar que la FFD resulta un mecanismo idóneo para brindar una adecuada protección a las empresas, así como al sector financiero específico, toda vez que en situaciones de crisis y debilidad financiera permite su protección y conservación.

En razón a lo anteriormente mencionado, se concluye como deber del Estado colombiano la salvaguarda de la economía y por ende de la empresa; luego, es deber del mismo Estado anticiparse a hechos que puedan afectar el correcto desempeño y por ende crear y adaptar mecanismos idóneos que permitan afrontar una posible crisis, aprendiendo además de la experiencia y los avances de otras legislaciones relativas al Derecho de la competencia, como lo es el concepto del FFD.

11 DELGADO, CARLOS JAVIER. "La función social de la empresa en la Constitución Política Colombiana", en *Responsabilidad y Derecho*. Disponible en [<http://responsabilidadyderecho.blogspot.com/2009/07/la-funcion-social-de-la-empresa-en-la.html>]. Citado el 2 de septiembre de 2012.

12 Sentencia T-375 de 1997.

13 *Ibíd.*

CONCLUSIONES

La aplicación del FFD demuestra que es posible relativizar ciertos parámetros que inicialmente no eran loables de tal actuación, pues tras la ponderación entre diferentes bienes jurídicos se entiende que debe primar la empresa y su función social ante la rigidez de la prohibición al monopolio, en la medida en que la protección a la empresa permite dilatar la oposición contundente al permitir, en cabeza de un solo actor, la mayoría o totalidad del mercado; no obstante, tal aprobación por parte de las autoridades debe cumplir con ciertos requisitos que han avanzado a lo largo de los estilos implementados en el sistema anglosajón tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea.

Aunque es claro que la implementación de la figura del FFD no ha sido pacífica en ningún territorio, su ejecución ha permitido la salvaguarda del mercado específico y por ende de la economía regional. *Contrario sensu*, si no se hubiera permitido tal adquisición en los casos planteados, la porción del mercado relevante habría desaparecido y, posiblemente, el mercado en específico habría sufrido graves alteraciones. Así que conviene indagarse: ¿qué habría sucedido si en otras ocasiones se hubiera permitido la aplicación del FFD?, ¿se habrían salvado mayor número de activos de un mercado? O incluso, ¿se habría mejorado en algún grado considerable la economía local si se le hubiera dado paso a la aplicación de esta excepción? No obstante, responder a tales interrogantes solo será posible en la medida en que la aplicación del FFD sea más constante y, a su vez, que la misma se aplique en legislaciones que aún no se han dispuesto para su empleo.

Finalmente, entendemos que una de las formas de garantizar que una porción del mercado siga en funcionamiento a pesar de los impedimentos iniciales, es permitiendo que se sea creativo con las herramientas disponibles, para que, a la postre, se salga triunfante más rápidamente de la misma; luego, la rápida adaptación de un sistema legal al FFD podría garantizar que en ocasiones futuras, los efectos peligrosos de una recesión no sean nefastos, como ha ocurrido en otras latitudes.

BIBLIOGRAFÍA

- BABASSO, ANTONIO; LINDSAY, ALISTAIR. "Causation in Ec Merger Control", en *Journal of competition law and economics*, vol. 3 n.º 2. Citado el 17 de abril de 2012.
- DAY, JONES. *UK competition authority codifies "failing firm" defence to mergers*. Tomado de la base de datos de EBSCO. Disponible en [file:///Users/travis/EBSCO%20Documents/2008Q4/8109.htm]. Citado en mayo de 2012.
- DIAMANT, IRENE. *The Failing Company Doctrine Since General Dynamics: More Than Excess Baggage*, vol. 47. Iss 5 (enero de 1979). Disponible en [http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2361&context=fll&sei-redir=1&referer=http://

www.google.com.co/url?sa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3Dthe%2520failing%2520company%2520doctrine%2520since%2520general%2520dynamics%253A%2520more%2520than%2520excess%26source%3Dweb%26cd%3D1%26sqi%3D2%26ved%3D0CCAQFjAA%26url%3Dhttp%253A%252F%252Ffir.lawnet.fordham.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D2361%2526context%253Dflr%26ei%3DJwQ8UIr0JpDU8wTZ8oDIDw%26usg%3DAFQjCNFpLO6hG1hYEoBNHK1Yzn2GAfvObQ#search=%22failing%20company%20doctrine%20since%20general%20dynamics:%20more%20than%20excess%22. Citado el 18 de julio de 2012.

Estados Unidos de América. US Department of Justice and Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. 19 de agosto de 2010. Disponible en [www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html]. Citado en agosto de 2012.

FINA, THOMAS; MEHTA, VISHAL. "The failing firm defense. Alive and well", en *The antitrust source* (agosto de 2011). Disponible en [www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/aug11_fina_7_26f.authcheckdam.pdf]. Citado el 16 de agosto de 2012.

HERRERO SUÁREZ, CARMEN. "La excepción de la empresa en crisis (failing firm defense) en el control de la concentración empresarial" en *Revista de Derecho bancario y bursátil*.

KOKKORIS, IOANNIS. *Failing firm defence in the European Union: A panacea for mergers?* (2006). Disponible en [www.ifblonline.com/docs/IFBL%20-%20FFD.pdf]. Consultado el 18 de julio de 2012.

MASON, ROBIN; WEEDS, HELEN. *The failing firm defence: Merger policy and entry*. (15 de enero de 2003). Disponible en [<http://repec.org/res2003/Mason.pdf>]. Citado el 27 de agosto de 2012.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. "Fundamentos económicos del Derecho de la competencia", en revista *Derecho de la Competencia*, vol. 2, n.º 2 (enero - diciembre, 2006).

NORRIS, LAUREN. The failing firm defense. Por American Bar Association Young Lawyers Division (2010) Disponible en [www.klgates.com/files/Publication/1ae9fe1f-ab0e-49cb-8527-00ac4fc754e7/Presentation/PublicationAttachment/9c1d5211-abbf-4217-a7ea-0756cc43c192/Norris_FailingFirmDefense.pdf]. Citado el 20 de agosto de 2012.

PERSON, LARS. "The failing firm defense", en *The journal of industrial economics*, vol. LIII, n.º 2 (junio de 2005).

Real Academia Española. *Ortografía de la lengua española*. Disponible en [www.rae.es/rae.html]. Citado el 28 de agosto de 2012.

Reino Unido. Office of Fair Trading. *Enterprise act 2002. Mergers, Substantive assessment guidance*. 2003, pp. 34-36. Disponible en [www.oft.gov.uk/shared_of/business_lea-flets/enterprise_act/oft516.pdf]. Citado el 25 de agosto de 2012.

Reino Unido. Office of Fair Trading. *Restatement of OFT's position regarding acquisitions of 'failing firms'*. Diciembre de 2008. Disponible en [www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/general/oft1047.pdf]. Citado en julio de 2012.

SIGNES DE MESA, JUAN IGNACIO. *Instituciones financieras y Derecho de la competencia en el contexto actual de crisis (II) -El control de las concentraciones-*. Madrid, (enero de 2011). En la base de datos Dialnet. Disponible en [http://eprints.ucm.es/11688/1/Instituciones_financieras_y_Dcho_competencia.pdf]. Citado el 29 de agosto de 2012.

Unión Europea. "Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (31 de marzo de 2004)", en *Diario oficial de la Unión Europea*. Disponible en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:ES:PDF>]. Citado el 29 de agosto de 2012.

Unión Europea. Consejo de La Union Europea. "Reglamento (CE) n.º 139/2004 del consejo. 20 de enero de 2004. Sobre el control de las concentraciones entre empresas o reglamento comunitario sobre concentraciones", en *Diario Oficial de la Unión Europea*. 2004. Disponible en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:ES:PDF>]. Citado en junio de 2012.