



**Universidad del
Rosario**

**CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL RÉGIMEN DE
INTEGRACIONES EMPRESARIALES: CASO AVIANCA-VIVA AIR**

Autor:

Juan Esteban Triviño Betancourt

Director:

Andrés Palacios Lleras

Para optar por el título de Abogado

**Facultad de Jurisprudencia
Programa de Jurisprudencia
Universidad del Rosario**

**Bogotá - Colombia
2025**

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	3
Abstract.....	3
1. Introducción	4
2. Sobre los estándares de bienestar.....	9
2.1. La relevancia de los estándares en la política de competencia	9
2.2. Dos escuelas predominantes	11
2.2.1. Sobre los postulados y fundamentos de la teoría del bienestar total.....	14
2.2.2. Sobre los postulados y fundamentos del estándar del bienestar del consumidor	18
3. Respuesta a las críticas contra la teoría del bienestar total	20
3.1. Sobre los impactos desproporcionados a los consumidores	20
3.1.1. El bienestar total no puede permitir monopolios perversos.....	20
3.1.2. El uso de remedios para mitigar el impacto en el consumidor	22
3.2. Sobre la distribución y la desigualdad	25
4. Contexto normativo colombiano.....	28
4.1. Sobre los procedimientos de la SIC frente a las integraciones empresariales	28
4.2. Aplicabilidad del estándar del bienestar total en el ordenamiento jurídico colombiano	32
4.3. La relación entre la empresa en crisis y el bienestar total.....	36
5. Caso concreto en Colombia: Avianca y Viva Air.....	40
5.1. Operación de integración entre AVIANCA y VIVA AIR.....	40
5.1.1. Proceso ante la SIC	40
5.1.2. Proceso ante la Aerocivil	41
5.1.2.1. Resolución 2473 de 2022 - Operación objetada	42
5.2.2.2. Resolución 518 de 2023 - Operación autorizada con condicionamientos	45
5.2.2.3. Resolución 873 de 2023 - Confirmación de condicionamientos	47
6. Análisis del caso concreto a partir del estándar del bienestar total.....	50
6.1. Sobre los criterios de la empresa en crisis bajo el bienestar total	51
6.2. Sobre los condicionamientos de los slots.....	56
7. Conclusiones	59
Bibliografía	60

Resumen

Este trabajo evalúa el estándar adoptado para el derecho de integraciones empresariales, considerando su impacto en los consumidores y la eficiencia del mercado. Se propone un análisis comparativo sobre los criterios aplicados para la aprobación, rechazo o condicionamiento de integraciones empresariales en Colombia, con especial atención al caso "Avianca y Viva Air". El análisis se realiza a la luz del estándar de bienestar total, determinando su compatibilidad con el ordenamiento jurídico colombiano y considerando si su aplicación habría representado una alternativa más adecuada tras alegada la excepción de empresa en crisis. En esta misma línea, se examina cómo dicha perspectiva podría haber contribuido de manera más efectiva a la consolidación de los principios que orientan las normas antimonopolio, en particular en lo relacionado con la protección del mercado y del consumidor.

Abstract

This paper analyzes the standard adopted in the field of merger control law, assessing its impact on consumers and market efficiency. It proposes a comparative analysis of the criteria applied for the approval, rejection, or conditional clearance of corporate mergers in Colombia, with particular focus on the "Avianca and Viva Air" case. The analysis is conducted through the lens of the total welfare standard, evaluating its compatibility with the Colombian legal framework and considering whether its application could have offered a more appropriate alternative in light of the alleged "failing firm" exception. Along these lines, the paper examines how this perspective might have more effectively contributed to the consolidation of the principles underlying antitrust law, particularly with regard to market protection and consumer welfare.

1. Introducción

Este trabajo hace una valoración crítica de los estándares empleados por las autoridades antimonopolio para ejercer su función de control en los casos en que se presentan integraciones empresariales, con el propósito de determinar si el enfoque que estos deberían tener en el análisis preventivo de la regulación colombiana genera el mayor bienestar posible en la economía.

Es cierto, en primer lugar, que dichas integraciones pueden restringir el mercado, al aumentar su participación dentro de él. No obstante, la autoridad encargada de regular estas integraciones debe evaluar el riesgo potencial que pueden generar junto con una valoración rigurosa de los beneficios obtenidos y, en consecuencia, determinar las acciones estatales necesarias.

Este trabajo argumenta que el estándar de bienestar total contiene ciertos principios que son de gran utilidad para la ejecución de la política de competencia. Para el desarrollo de esa hipótesis, se estudiará cuál es el estándar utilizado por las autoridades administrativas en la jurisdicción colombiana, y se evaluará la conveniencia de estos parámetros en la toma de decisiones. Para ello, se estudiará el caso de la integración fallida de AVIANCA y VIVA AIR en 2023, determinando si los argumentos hechos por la Aerocivil, y su enfoque, fueron los correctos para las circunstancias del momento.

Con esto, se busca responder a las siguientes preguntas: ¿Es el estándar del bienestar total aplicable al ordenamiento jurídico colombiano? y ¿deberían las autoridades adoptar este estándar para la toma de decisiones en los casos de integraciones empresariales?

Para entender el objeto de este trabajo, es necesario hacer una definición conceptual sobre lo que se entiende por integración empresarial. La ley no establece una definición específica de este concepto, más allá del trabajo enunciativo elaborado por la ley 1340 de 2009, que establece ciertas formas jurídicas que pueden dar lugar a una integración. Sin embargo, la SIC define las integraciones empresariales de la siguiente manera en su página web oficial, este es:

Cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva

empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. (Superintendencia de Industria y Comercio, Integraciones empresariales, 2019)

Frente a esta definición hay que resaltar algunos elementos importantes. En primer lugar, es necesario aclarar lo que se entiende por “control empresarial”. El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, establece que este concepto hace referencia a:

La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa. (Decreto 2153, 1992, artículo 45, numeral 4)

Además, la SIC ha hecho una diferencia entre el control negativo y el control positivo. El control positivo se centra generalmente en la facultad que tiene una empresa de determinar las decisiones que afectan el desempeño competitivo de la otra, generalmente por medio del control corporativo, mientras que el control negativo es la posibilidad de ejercer esta influencia, a pesar de no tener una participación accionaria mayoritaria en ella (Serrano Pinilla, 2022). Así mismo lo establece la Guía de las Integraciones Empresariales de la SIC al explicar que “*el elemento esencial de la definición de control es que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de la otra*” (SIC, 2018). Haciendo énfasis en que la sola posibilidad de influenciar es suficiente para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

El segundo elemento clave de estas operaciones es que no es necesario que se dé un vehículo jurídico en particular para determinar un caso de control empresarial. Más allá de la naturaleza jurídica con la que se de esta influencia, lo importante es que sea una influencia material. Es decir, se refiere a la capacidad de influenciar en la manera en se determina “*sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones (...) y cualquier otra variable*”(SIC, 2014).

Por lo tanto, a partir de ambos elementos se entiende que una integración empresarial es determinada por un estudio de la evidencia, caso por caso, para determinar si el poder de influencia que tiene una empresa sobre otra versa sobre decisiones estratégicas para su

desempeño competitivo. Este primer análisis es tan solo de identificación de una situación de hecho; es el primer paso que tiene la SIC para saber si existe una integración empresarial y, por lo tanto, de si hay una obligación de ser notificado.

Ahora, una vez notificada una integración empresarial, la autoridad competente debe determinar su autorización si cumple con unos supuestos que se evaluarán más adelante. Las integraciones empresariales plantean un dilema crucial para la salud económica de una sociedad. Por esta razón, las entidades de control han desarrollado métodos de análisis que incorporan herramientas económicas para evaluar si una integración empresarial es lo suficientemente eficiente como para sopesar esos beneficios frente a la reducción de la competencia.

Estados Unidos (EE.UU), conocido por ser el precursor de la regulación antimonopolios, evidencia en su historia los desafíos y avances de las herramientas de regulación en su sistema legal. Así lo establece Laura Phillips Sawyer (2019), al describir que los avances tecnológicos en la producción industrial y agrícola, las mejoras en las redes de transporte y comunicación, y los ciclos deflacionarios debilitaron a las empresas más débiles y alentaron las consolidaciones corporativas que lograron mayores economías de escala en la sociedad estadounidense. La realidad socioeconómica permitió que un grupo reducido de personas concentraran para sí mismos la mayor cantidad del capital, y establecieran un sistema diseñado para favorecer sus intereses, incluso en tiempos de crisis.

Por ejemplo, en sus orígenes, el principal vehículo utilizado por las empresas estadounidenses para restringir la competencia fueron los *trusts*; figura jurídica que permitía que diferentes empresas pudieran delegar sus poderes de decisión sobre un grupo específico de personas. Los *trusts* eran una estrategia que principalmente buscaba generar unos acuerdos de precios entre diferentes empresas, que eliminaban a la competencia. Frente a esto, se expidió la Ley Sherman, que básicamente buscaba eliminar las prácticas de restricción del comercio a nivel interestatal (Motta, 2004). Sin embargo, muchas empresas se adaptaron a la regulación de ese entonces y buscaron alternativas para fortalecer su control del mercado. En este caso, la Ley Sherman regulaba exclusivamente a las empresas que ejecutaban artimañas para restringir el comercio, pero que guardaban su individualidad jurídica. Esta ley federal no regulaba el hecho de que las empresas pudieran fusionarse para convertirse en una sola entidad y seguir persiguiendo los mismos fines. Debido a este vacío legal y al auge de las fusiones y

adquisiciones con el propósito de monopolizar el mercado, para evadir la regulación de la Ley Sherman, se estableció la Ley Clayton, buscando evitar la coordinación de precios por medio de la unificación empresarial.

Lo anteriormente establecido demuestra que las empresas responden a los cambios institucionales, y en muchas ocasiones innovan en estrategias anticompetitivas. EE.UU no es el único país en aventurarse a la creación de herramientas regulatorias, también existe una amplia tradición legislativa en la Unión Europea (UE), que tiene dos niveles de jurisdicción: la nacional y la supranacional. Los países europeos también tuvieron sus propias adaptaciones a su entorno socioeconómico correspondiente y tenían diferentes percepciones económicas de la eficiencia de mercado. Por ejemplo, la normatividad de Alemania permitía la existencia de cárteles, ya que se consideraba que eran benéficos para evitar la guerra de precios. No hubo una prohibición estricta de estos hasta 1957 y un procedimiento de control de fusiones hasta 1973.

Todo lo anterior demuestra que la mayoría de las herramientas y prohibiciones de regulación responden a experiencias históricas. Es por esto que los países mencionados tienen un amplio arsenal en la creación de modelos regulatorios, los cuales han sido objeto de trasplante en otras normatividades, debido a la experiencia que han tenido para regular el mercado.

Por otro lado, las entidades competentes en materia de antimonopolios tienen sus propias instituciones y guías. Cada institución ha adoptado sus propios procedimientos de acuerdo a su estructura y a las necesidades económicas de cada jurisdicción. No son las mismas valoraciones económicas que hace la SIC en Colombia que las que hacen otras agencias en demás países.

En el caso de EE.UU, las entidades encargadas en hacer valer la ley son muy diversas, ya que hay dos agencias federales independientes a nivel federal y otras entidades de ejecución a nivel estatal. Como lo establece Crane (2010), la diferencia en su estructura institucional hace que ambas agencias tengan diferentes formas de operar. Frente a esto, el autor establece:

“En teoría, se podría justificar la existencia de dos agencias federales basándose en la ventaja comparativa en diferentes tipos de asuntos. La FTC está diseñada para ser políticamente independiente y tecnocrática. Goza de facultades normativas y puede juzgar asuntos ante jueces especializados en derecho administrativo, en lugar de jueces

generalistas del Artículo III. (...) En cambio, el Departamento de Justicia disfruta de las ventajas del control ejecutivo unitario, que puede acelerar y agilizar la toma de decisiones.” (Crane, 2010)

Por lo tanto, la estructura de cada entidad de control puede determinar los procedimientos utilizados para analizar las integraciones empresariales. En concreto, la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (FTC por sus siglas en inglés) establece unas pautas de prácticas bajo el nombre de “*Merger Guidelines*”, dónde establecen diversos marcos analíticos para ayudar al FTC y al Departamento de Justicia a evaluar si una integración presenta un riesgo suficiente reduzca significativamente la competencia del mercado. Como bien lo establece el documento mencionado:

“Estos marcos consideran las realidades del mercado específicas de cada sector y utilizan diversos indicadores y herramientas, que abarcan desde la estructura del mercado hasta la evidencia directa del efecto sobre la competencia, para examinar si la fusión propuesta puede perjudicarla.” (p. 2, Merger Guidelines)

Es indiscutible que las leyes de competencia y la práctica del derecho de la competencia le ha dado un protagonismo a la ciencia económica. Flórez Acosta y Gómez Portilla (2022) destacan la importancia del análisis económico en la definición de mercados relevantes, la cuantificación del daño, la determinación de multas y la simulación de escenarios en casos de concentraciones empresariales. En última instancia, los datos empíricos y los modelos económicos constituyen herramientas fundamentales para la investigación llevada a cabo por las autoridades de competencia.

El trabajo consta de seis capítulos importantes. El segundo capítulo busca describir los dos estándares más utilizados por las agencias estatales en el derecho comparado. En este capítulo se busca discutir sobre la definición de “bienestar del consumidor”, y de cómo puede ser interpretada de acuerdo al estándar utilizado. A pesar de que se trata de una definición, los elementos económicos para justificar una u otra postura son distintos.

El tercer capítulo examina las críticas abordadas contra el estándar del bienestar total. En este apartado se le buscará dar respuesta a dos de los mayores reclamos que se presentan en contra del estándar, a partir de razonamientos teóricos y prácticos.

El cuarto capítulo se centra en demostrar la aplicabilidad jurídica del estándar del bienestar total en el ordenamiento jurídico colombiano, estudiando las leyes de competencia y los diferentes casos llevados a cabo por la SIC, para concluir que los fines establecidos por el legislador van de la mano con los principios del estándar del bienestar total.

Por último, los capítulos 5 y 6 buscan aplicar todo el estudio abordado anteriormente al caso concreto de AVIANCA y VIVA AIR. En este apartado será necesario hacer una descripción de las principales actuaciones llevadas a cabo por la Aerocivil en este proceso y los argumentos utilizados para valorar la integración en cuestión.

2. Sobre los estándares de bienestar

2.1. La relevancia de los estándares en la política de competencia

El cómo se debería operativizar la política antimonopolios ha sido objeto de debate desde su popularización a finales del siglo XIX. La construcción de un estándar sólido para abordar ciertas prácticas anticompetitivas ha venido de la mano con el choque de diferentes posturas. Cómo se verá más adelante, muchos autores hacen énfasis en los errores presentados por sus predecesores y resaltan las distintas asunciones absurdas en las cuáles descansan ciertas teorías. A pesar de que el debate se encuentre más claro a día de hoy, sigue habiendo diferentes disputas importantes, y la discusión académica ha brindado nuevas propuestas innovadoras respecto al tema.

La discusión central en la que se enfoca este trabajo es en determinar cuál sería el estándar apropiado que deberían utilizar las agencias de control en materia de competencia. La OCDE (2023) define y resalta la importancia de los estándares de la siguiente manera:

“El estándar para la política de competencia establece cómo la autoridad pertinente, ya sea un órgano administrativo o un tribunal, distingue los resultados positivos de los

negativos y, por ende, determina las preferencias sobre diferentes estados esperados del mundo.” (OCDE, Consumer Welfare Standard, 2023)

Ahora, ¿es entonces el estándar de la política de competencia lo mismo que los objetivos de la ley? La OCDE establece que explicar la diferencia entre ambos conceptos puede ser difícil de articular, ya que al final de cuentas pueden ser dos lados de la misma moneda. Sin embargo, el estándar de la política de competencia busca aterrizar a la materialidad los objetivos de la ley.

En múltiples jurisdicciones, la ley de competencia establece varios y distintos objetivos que cumplir, como es el caso de la ley colombiana, que en el numeral 1 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 3º de la Ley 1340 de 2009, establece que los objetivos del derecho a la competencia son: (1) la libre participación de las empresas en el mercado, (2) el bienestar de los consumidores y (3) la eficiencia económica. No obstante, en la mayoría de ocasiones, no se pueden alcanzar todos estos objetivos simultáneamente, y por lo tanto se le debe dar prioridad a ciertos elementos sobre otros. Es en esta cuestión que el estándar de la política de competencia tiene relevancia, ya que busca darle valor comparativo a unos efectos sobre otros.

La OCDE enfatiza la importancia de mantener un estándar, porque “*proporciona el marco o principio subyacente para determinar si los resultados son coherentes con los objetivos establecidos, y cuáles no lo son*”. Frente a esto, el estándar adoptado por una entidad de control puede determinar, también, la frecuencia en que se decide regular los casos en materia de competencia, al igual que el establecimiento de ciertas presunciones que puede adoptar la entidad en cada caso.

Históricamente, la adopción de estos estándares ha tenido un gran efecto en la economía, desencadenando al mismo tiempo un amplio desarrollo académico del tema. Por ejemplo, Motta (2004) narra que desde 1940 hasta la mitad de la década de los 70 's hubo un periodo de intensa actividad de control de *antitrust* en EE.UU. Uno de muchos casos, es el de *Schwinn* (1947). En este, la Corte Suprema falló en contra de unas cláusulas territoriales exclusivas-aquellas que otorgan a un distribuidor el derecho exclusivo de operar o vender un producto o servicio en un territorio geográfico determinado. Esta protección exclusiva territorial en general es considerada una práctica eficiente, no obstante, la Corte no lo tuvo en cuenta. Estas prohibiciones *per se* demuestran que el estándar adoptado por la FTC y el Departamento de

Justicia buscaba restringir a las grandes empresas, más allá de aumentar la eficiencia económica.

En esa misma línea, las integraciones empresariales también se vieron afectadas debido al estándar utilizado por las agencias competentes. Motta resalta el caso de *Philadelphia National Bank* (1963), dónde dos de los bancos más grandes de Philadelphia, anunciaron su intención de fusionarse, pero la Corte falló en contra de la fusión debido a que hizo una definición de mercado más angosta, no teniendo en cuenta la región New York-Philadelphia, sino solamente el área metropolitana de Philadelphia. Los bancos argumentaron que la fusión les permitiría competir mejor a nivel nacional. La Corte rechazó este argumento, afirmando que la competencia local no puede sacrificarse por posibles beneficios nacionales.

Ambos ejemplos presentados anteriormente son una muestra de que el estándar utilizado en la política de competencia tiene un impacto severo en el mercado. No es sorpresa que después de la época del activismo antimonopolio en EEUU la crítica al intervencionismo estatal fuera tomando fuerza en varios círculos académicos. Como se analizará más adelante, muchas posturas teóricas son reacciones al inconformismo de la operatividad del sistema del *status quo*.

2.2. Dos escuelas predominantes

El debate teórico sobre cuál debería ser el estándar correcto que deberían usar los entes estatales para resolver casos de competencia sigue siendo de suma importancia para la ejecución de los poderes de control. John B. Kirkwood (2004), profesor de derecho de la Universidad de Seattle, establece que hay un consenso actual por parte de los académicos y los jueces, en la mayoría de los países, de que el propósito principal del derecho antimonopolio no es proteger a los rivales del mercado, sino beneficiar a los consumidores.

No obstante, Kirkwood reconoce que hay grandes desacuerdos, todavía, en lo que respecta a la definición de “bienestar del consumidor”. Por un lado, una postura teórica establece que este concepto se refiere al escenario dónde se persigue la mayor eficiencia de la economía *en su conjunto*. Bajo este enfoque, las políticas de competencia no deben limitarse exclusivamente a la concentración de mercado y la subida de los precios, sino también en los efectos que pueden

haber en la producción y la innovación. Por ende, la política de competencia debe tener en cuenta tanto a los demandantes como los oferentes de un mercado y establece que una decisión en materia de competencia es correcta en cuanto contribuya a la “riqueza” total de la sociedad. Es por lo anterior que a este estándar se le denomina “bienestar total”.

Por otro lado, una alternativa al estándar del bienestar total, y la que guarda mayor predominancia en la academia, sostiene que el derecho de la competencia debería concentrarse exclusivamente en el daño a los consumidores (aquellos compradores finales de bienes y servicios). El fin último que debe perseguir el Estado, bajo esta perspectiva, es prevenir que las empresas adquieran un poder muy grande que les permita imponer precios que estén muy por encima de aquel que dicta el mercado. Por ende, no se toma en consideración la riqueza total de la nación o los efectos que pueda generar en los productores, sino la posición de dominio que pueda tener una empresa sobre el mercado.

Ambas posturas tienen una amplia cantidad de partidarios. La teoría del bienestar total ha sido trabajada y apoyada por la conocida Escuela de Chicago, que tiene reconocidos autores como lo son Robert H. Bork (1978) y Richard Posner (1976). Por otro lado, la teoría enfocada exclusivamente en los consumidores ha sido defendida por la denominada Escuela de Harvard, cuyos autores como Joe Bain (1956) y Edward Mason (1964) han direccionado sus opiniones en los potenciales daños inherentes hacia los consumidores en un mercado concentrado. Además, ha habido un mayor desarrollo en los últimos años por parte del movimiento del “Nuevo Brandeisianismo”, una corriente que surge a partir de las ideas del juez de la Corte Suprema de EE.UU, Louis Brandeis, y que se contrapone fuertemente a la teoría del bienestar total.

En Colombia, estas teorías sobre el bienestar han tenido cierto impacto en la academia, sin embargo, en lo que respecta a la SIC, no hay un desarrollo amplio sobre este tema. De acuerdo con Quintero Rios (2022), a pesar de que el del Decreto 2153 de 1992 establece los objetivos del derecho a la competencia; concluye que la SIC, de acuerdo a sus resoluciones administrativas, tiene un enfoque que se acerca más a los postulados de Harvard porque:

“(…) la sic no realiza estudios de campo que acrediten materialmente la lesividad a los bienes jurídicamente tutelados por la ley de competencia frente a la conducta

desplegada por los infractores, en mayor medida porque se permite gozar de la presunción legal descrita.” (Quintero Rios. D, Revista de Derecho Privado, 2022)

Es por lo anterior que, en la jurisdicción colombiana, a pesar de que se analizan los argumentos de ciertas empresas sobre los beneficios económicos que puede tener cierta concentración de mercado, parece ser que la SIC se inclina más a la teoría de que hay un riesgo inherente de que las empresas adopten bastante poder y puedan abusar de los consumidores. Por lo tanto, las presunciones legales sobre los daños tienden a tener más peso que el cálculo de consecuencias económicas en términos de eficiencia.

Teniendo en cuenta ambas posturas presentadas anteriormente, se puede evidenciar más claro las consecuencias de adoptar una u otra en la política antimonopolio. Como hemos visto anteriormente, los estándares no son un elemento superficial, sino que tienen incidencia directa en la toma de decisiones del ente administrativo correspondiente, ya que fija prioridades. El profesor Kaplow deja el dilema principal entre ambas posturas de la siguiente manera:

“A pesar del amplio debate en torno a los objetivos del derecho de la competencia — y, en particular, sobre si una medida basada en el bienestar debería reflejar únicamente el bienestar del consumidor o abarcar el bienestar total—, se ha prestado relativamente poca atención a por qué esta distinción es relevante. Tradicionalmente, el tema se ha considerado pertinente principalmente en el análisis de fusiones empresariales, y en especial respecto de si la magnitud en que las eficiencias serán trasladadas a los consumidores tiene implicancias significativas. Una concepción estricta y simple del bienestar del consumidor exigiría que dichas eficiencias se transfieran en una medida suficiente como para compensar cualquier efecto adverso sobre los precios derivado de las consecuencias competitivas de la fusión.” (Kaplow, 2011)

Es por lo anterior que es necesario abordar en profundidad las propuestas de cada una de estas posturas y los métodos por los cuáles argumentan que su enfoque es el óptimo. En este artículo se ofrece un enfoque original para el caso de integraciones empresariales que se construye a partir del análisis de la Escuela de Chicago, añadiendo ciertas aclaraciones que son necesarias, en respuesta a las críticas presentadas por sus opositores.

En síntesis, la propuesta de este trabajo se centra en el argumento de que los principios del estándar del bienestar total son útiles en la política de competencia y pueden brindar soluciones óptimas en los mercados, si se utilizan sabiamente. Como se verá más adelante, la mayoría de los conflictos que se presentan en contra de los postulados del bienestar total se centran principalmente en la *forma* en que son operativizados y la instrumentalización errónea de los mismos, pero las funciones que desempeñan estos principios son positivas para los entes de control.

2.2.1. Sobre los postulados y fundamentos de la teoría del bienestar total

Cómo se estableció anteriormente, la mayoría de las teorías académicas de los estándares antimonopolio surgen en crítica al sistema del momento, lo cuál también fue el caso para la teoría del bienestar total. En *The Antitrust Paradox*, Robert Bork fija la mayoría de sus propuestas en el marco de un problema particular: el Congreso y la Corte de EEUU le dieron un excesivo ímpetu a una concepción económica errónea de las políticas de *antitrust*. Hasta ese entonces, en lo que respecta al caso de fusiones y adquisiciones, argumenta Bork lo siguiente:

“En la actualidad, se promueve la idea de que el derecho cierra esta “brecha” (refiriéndose al bienestar del consumidor y del productor) atacando el tamaño en sí mismo, sin considerar el camino a través del cual dicho tamaño fue alcanzado. Esto constituye un error fundamental, ya que las inferencias sobre los efectos económicos de las cuotas de mercado deben derivarse adecuadamente de su origen.” (Bork, 1982)

En otras palabras, Bork critica una tendencia peligrosa en la interpretación del derecho de la competencia: la idea de que el tamaño de una empresa en el mercado, por sí solo, debería ser motivo suficiente para una intervención legal, sin importar cómo esa empresa alcanzó dicha posición dominante.

Hay dos razones principales por las cuáles Bork considera que se ha dado esta dañina tendencia. En primer lugar, establece que es una inadecuada extensión de los criterios jurídicos usados para los carteles con acuerdos de precios, ya que estos son ilegales *per sé*, sin importar si la intención de las empresas era monopolizar el mercado o no. La segunda razón es que los jueces

se han concentrado exclusivamente en la eficiencia asignativa, y han olvidado tener en cuenta la eficiencia productiva, conceptos en los que ahondaremos más adelante.

Es claro que las fusiones y adquisiciones empresariales pueden reducir la competencia, pero a diferencia de los carteles con acuerdos de precios, en una fusión la integración del capital entre empresas lleva a una posibilidad de aumentar eficiencias que son socialmente benéficas al combinar operaciones. La cuestión importante del estándar del bienestar total es entonces responder: ¿Cuáles integraciones pueden generar una mayor eficiencia en la producción de bienes y servicios que compensen una pérdida en el excedente del consumidor?

La eficiencia, bajo esta perspectiva, depende de un adecuado intercambio entre el bienestar del consumidor y el de los productores. Es necesario aclarar, no obstante, que esto no presupone el bienestar de uno por sobre el otro, sino de buscar el escenario dónde se pueda maximizar la totalidad de ambos. Para ello, se requiere comprender, en primera instancia, la definición de bienestar en estos dos actores, ya que ambos conceptos descansan en razones económicas que son de suma importancia para el análisis de mercado.

Varian (2010) establece que el bienestar del consumidor se determina a partir del excedente que este obtiene de la compra de bienes y servicios. Por cada bien que se presenta en el mercado, el consumidor tiene un precio de reserva, esto es, el precio máximo por el cual está dispuesto a adquirir dicho bien. En el momento en que el precio de mercado disminuya al mismo valor que el precio de reserva, el consumidor estará dispuesto a comprar una unidad de este bien.

El excedente del consumidor está determinado, entonces, por la diferencia entre el precio de reserva y el precio real del bien. Si un bien tiene un precio de \$100 y el valor por el cuál una persona está dispuesta a pagar por este bien es de \$200, entonces el consumidor obtiene un excedente de \$100. Varian resume este cálculo de la siguiente manera:

“La relación entre los precios de reserva y la demanda es muy sencilla: si se demandan n unidades del bien discreto, $r_n \geq p \geq r_{n+1}$.” (Varian, 2010)

Por lo tanto, el beneficio que le aporta a un consumidor la compra de un bien debe estar determinado por la diferencia entre la utilidad que este le aporta (que es igual al precio de reserva) y el gasto total en el que debe incurrir para adquirirlo.

Por otro lado, el bienestar del oferente está determinado también por el excedente que pueda generar. Este excedente es la diferencia entre el valor de la producción y los costos involucrados en este. Por lo tanto, a las empresas les importa aumentar la capacidad de producción mientras reducen costos, con el propósito de aumentar dicha diferencia. La eficiencia productiva óptima existe cuando la economía utiliza los recursos de la manera menos costosa posible.

Al momento de evaluar la pérdida de un bienestar sobre otro, el análisis de eficiencias es importante y puede explicarse de la forma en que Kip Viscusi *et al* (2018) lo presentan. La eficiencia real que genera una integración incluye el ahorro de recursos por medio de, por ejemplo, aumentar la especialización, crear economías de escala y compartir capital para la producción conjunta de bienes.

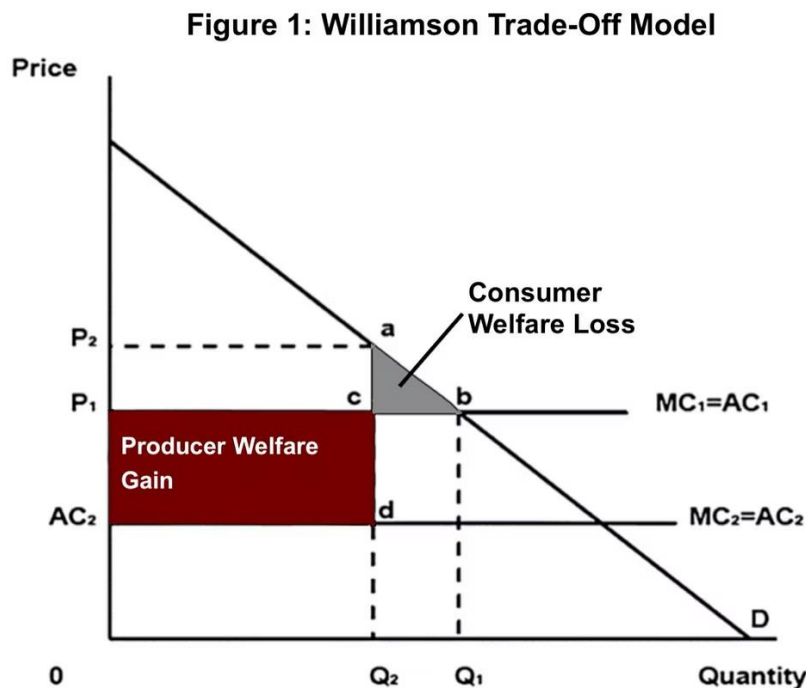


Figura 1.

Beneficios sociales de una integración. Tomado de: Frederick, D. *Revisiting Antitrust: A Modern Perspective*

La Figura 1 provee una simple representación que evidencia el poder de mercado y los efectos en la eficiencia de una fusión, que es referido cómo el modelo de Williamson. La línea horizontal AC_1 representa el nivel de los costos promedios de dos firmas antes de ser integradas, y AC_2 representa el promedio de los costos después de la integración. Antes de la integración, el grado de competencia era suficiente para forzar una baja de precios a AC_1 . Posterior a la fusión, los costos caen y el poder de mercado aumenta, llevando a un incremento de precios de P_1 a P_2 (Viscusi et al, 2018)

El resultado de la fusión es una pérdida de bienestar en el excedente del consumidor, que es representado por el triángulo sombreado en la gráfica. Sin embargo, hay una ganancia para la sociedad debido a un mayor ahorro de costos, representado por el rectángulo de color escarlata. El aumento del excedente del productor también determina que las empresas puedan usar parte de esas ganancias para innovar en su tecnología y productos, además de expandir sus operaciones, lo que genera mayor bienestar a las personas al comprar más capital y contratar más personas.

Kip Viscusi *et al* brinda una intuición económica de por qué la reducción de costos genera un mayor impacto en el bienestar que una subida de precios. En un mercado competitivo, cuando se produce la cantidad óptima (q_1), el valor que los consumidores están dispuestos a pagar por la última unidad (llamado disposición marginal a pagar o MWP) es igual al costo marginal de producirla (MC).

Esto significa que esa última unidad no genera un beneficio adicional, ya que el valor que aporta es exactamente igual al costo de hacerla. El excedente (beneficio) que genera una unidad es $MWP - MC$. En ese sentido, si $MWP = MC$, entonces no hay ganancia extra en producir esa unidad. Cuando una fusión entre empresas reduce la cantidad producida, se pierde muy poco excedente, porque esas unidades finales ya no generaban casi nada de beneficio. Pero si hay una reducción de costos, se genera un ahorro por unidad producida ($AC_1 - AC_2$), lo cual aumenta el bienestar en toda la producción.

A partir de los modelos económicos y las explicaciones previamente expuestas, es posible identificar varios principios fundamentales del estándar de bienestar total:

En primer lugar, la concentración de mercado o el tamaño de una empresa no constituyen, por sí solos, una amenaza para la competencia. Lo relevante es analizar las causas que explican dicho tamaño: si este es resultado de una mayor eficiencia o de un crecimiento natural dentro del mercado, no debe sancionarse. En segundo lugar, el estándar de bienestar total valora especialmente la reducción de costos en la industria, dado que esta mejora la eficiencia productiva y, en consecuencia, amplía el acceso de los consumidores a bienes y servicios. Por último, este enfoque enfatiza la necesidad de incorporar un análisis económico riguroso en la toma de decisiones en materia de competencia. El uso de presunciones legales sin considerar sus efectos concretos puede llevar a decisiones contraproducentes que perjudiquen, en lugar de beneficiar, al bienestar general.

2.2.2. Sobre los postulados y fundamentos del estándar del bienestar del consumidor

El impacto del profesor Bork no pasó desapercibido. Su influencia fue inmediata en el ámbito académico, y sus ideas se difundieron ampliamente en los círculos jurídicos. No obstante, no tardaron en surgir posturas críticas frente al estándar de bienestar total. Según narra Kirkwood, uno de los principales opositores a la teoría de Bork fue el profesor Robert Lande (1982), quien formuló una visión alternativa respecto a los objetivos de la ley de competencia. De acuerdo con Kirkwood, Lande sostenía lo siguiente:

“(...) Pero su objetivo principal no era la eficiencia económica ni ningún valor social o político. En cambio, según Lande, el Congreso buscaba sobre todo impedir que las empresas explotaran a los consumidores. Dicho de forma más precisa, el objetivo principal del Congreso era impedir que las empresas utilizaran tácticas injustas para adquirir o preservar poder de mercado y, por lo tanto, obligar a los consumidores a pagar precios más altos” (Kirkwood, 2004)

En esa misma línea, numerosos autores sostienen que el aspecto más relevante de la política de competencia es el precio resultante en un mercado relevante tras una integración. Sin embargo, a diferencia del enfoque basado en el bienestar total, se considera que el tamaño de la empresa y la concentración del mercado son, en sí mismos, perjudiciales (salvo en casos excepcionales

como los monopolios naturales), debido a la posibilidad de generar efectos unilaterales o facilitar la colusión, incluso cuando dichas estructuras puedan generar ciertas eficiencias.

El enfoque del Nuevo Brandeisianismo va aún más allá, al dejar de lado la visión limitada que sitúa los precios al consumidor como el principal objetivo de la política de competencia. En su lugar, este enfoque pone el acento en problemáticas más amplias, como el poder corporativo que pueden ejercer las grandes empresas tanto en la economía como en la esfera política. Lina Khan (2018) expone con claridad los principios fundamentales sobre los que se sustenta este movimiento. En esencia, el Nuevo Brandeisianismo no centra su atención en los resultados inmediatos de la política antimonopolio, sino en la estructura misma del sistema y en cómo esta favorece (o limita) la participación de diversos actores en condiciones competitivas. En este sentido, Khan formula este principio de la siguiente manera:

“Originalmente, el Congreso aprobó leyes antimonopolio para protegerse de la concentración excesiva de poder privado y las estructuras de mercado que distribuían las oportunidades y la prosperidad individuales. Durante la mayor parte del siglo pasado, quienes aplicaban las leyes antimonopolio lograron este fin no centrándose en un resultado específico, sino garantizando que los mercados se estructuraran de manera que promovieran la apertura y la competencia.” (Khan, 2018)

El Nuevo Brandeisianismo establece una conexión directa entre las libertades individuales y la estructura del mercado, al considerar que una concentración excesiva del poder económico puede socavar principios democráticos fundamentales. Si bien una integración empresarial entre grandes compañías podría, en ciertos casos, generar mayor riqueza agregada para la economía, este posible beneficio resulta inaceptable si conlleva un aumento significativo en el control que unas pocas entidades ejercen sobre los mercados, limitando así la competencia y afectando negativamente la autonomía de los ciudadanos (Lynn B, 2010).

En resumen, tanto el Nuevo Brandeisianismo como los primeros promotores del estándar del consumidor consideran que el tamaño de las corporaciones es una amenaza inherente para las personas. Por ende, el derecho de la competencia debe salvaguardar a los compradores por encima de garantizar la eficiencia del mercado.

3. Respuesta a las críticas contra la teoría del bienestar total

Las críticas al estándar de bienestar total pueden agruparse en dos grandes bloques. En primer lugar, se señala que este enfoque tiende a generar impactos desproporcionados sobre los consumidores, al dar un peso considerable al bienestar de los productores. Esto implica que, si las ganancias obtenidas por estos últimos son lo suficientemente elevadas, se podría justificar incluso una reducción significativa del bienestar de los primeros. En segundo lugar, se cuestiona la idea de que un aumento en la riqueza total implique necesariamente un mayor bienestar social, ya que el estándar no considera la distribución de esa riqueza ni los efectos que puede tener en el aumento de la desigualdad.

3.1. Sobre los impactos desproporcionados a los consumidores

3.1.1. El bienestar total no puede permitir monopolios perversos

Los críticos del estándar del bienestar total argumentan que, al considerar el bienestar de los productores, se corre el riesgo de otorgarles un poder excesivo bajo el argumento de la eficiencia, lo que podría derivar en una posición de dominio susceptible de ser utilizada en perjuicio de los consumidores. Sin embargo, un poder de mercado excesivo también genera ineficiencias, ya que reduce la producción, incrementa los beneficios de forma artificial y puede incluso deteriorar la calidad del producto. Por esta razón, desde una perspectiva de bienestar total, no resulta justificable permitir la existencia de monopolios que no crean valor, sino que simplemente extraen riqueza de los consumidores.

Los daños a la comunidad, como uno de los principales argumentos en contra del estándar del bienestar total, no se origina principalmente en aquellas empresas con alto poder de mercado que operan de manera eficiente, sino en aquellas que adquieren dicho poder sin generar mejoras en la eficiencia productiva. Así lo señala Stiglitz (2015), al explicar que la desigualdad se agrava cuando el sistema político permite prácticas conocidas como “búsqueda de rentas” (rent-seeking), es decir:

“(…) conseguir ingresos no como una recompensa a la creación de riqueza, sino a base de quedarse con una mayor porción de la riqueza que se habría producido de todas formas sin su esfuerzo” (Stiglitz, 2015)

Por ello, al evaluar una integración empresarial, es fundamental analizar su origen y la forma en que se lleva a cabo, tal como lo advertía Bork. Esto tiene mayor sentido cuándo se tiene en cuenta el concepto de control empresarial en las integraciones empresariales, ya que no todos los vehículos por los cuales se genera control empresarial llevan a un aumento de eficiencia. Esto se debe a que algunas integraciones otorgan poder de mercado sin que exista un incremento real en las competencias o las sinergias de la empresa. Un monopolista que impone precios excesivos sin mejorar sus operaciones no solo extrae recursos de los consumidores, sino que también destruye riqueza a nivel nacional.

Por lo tanto, el análisis de una integración empresarial no debe centrarse únicamente en determinar si existe una reducción de la competencia, sino también en evaluar el grado de sinergias potenciales entre las empresas involucradas. Estas sinergias pueden traducirse en eficiencias productivas, mejoras en la innovación o una mayor calidad en los bienes y servicios ofrecidos, lo cual también debe ser considerado al momento de valorar los efectos de la operación.

Por ello, la aplicación del estándar de bienestar total debe concebirse como un ejercicio que exige una evaluación rigurosa del mecanismo mediante el cual se lleva a cabo la integración empresarial. Esta evaluación no descarta el uso de herramientas que, además de promover la generación de eficiencias, contribuyan a mitigar eventuales perjuicios para los consumidores. A continuación, se examinarán algunas de estas herramientas.

3.1.2. El uso de remedios para mitigar el impacto en el consumidor

El estándar del bienestar total explica el riesgo que implican ciertas asunciones legales de daño, las cuales pueden llevar a rechazar *per se* determinadas integraciones. No obstante, el estándar del bienestar total no excluye el uso de remedios como herramienta para mitigar esos riesgos. Por “remedios” se entiende los condicionamientos que las autoridades de competencia pueden imponer como requisito para aprobar una integración. Estos condicionamientos,

ofrecidos por las partes involucradas, buscan restablecer efectivamente la competencia en el mercado y atender cualquier preocupación que puedan tener las agencias estatales.

El uso de remedios efectivos es coherente con el estándar, porque ha de recordarse que este no es un estándar pro-empresas, sino un estándar que busca aumentar la riqueza de la sociedad. En muchas ocasiones, las fusiones y adquisiciones son motivadas por una razón principal y específica, más allá de aumentar el control del mercado. Por ejemplo, muchas empresas buscan acceder al *know-how* de otras, para la producción de bienes más innovadores. En este sentido, los remedios no son excluyentes del uso de este estándar, ya que pueden permitir a la empresa alcanzar la eficiencia específica que busca, mientras mitigan los posibles daños al mercado.

Un caso ejemplar es la adquisición de Alstom Power por General Electric (GE) en 2015, donde, a pesar de que GE buscaba ampliar su tecnología en turbinas y generación de energía, la Comisión Europea exigió remedios para evitar la concentración excesiva de poder en el mercado de turbinas para centrales eléctricas. GE aceptó vender activos clave y comprometerse a mantener ciertos estándares de producción y empleo, lo que permitió que la adquisición fuera aprobada sin distorsionar la competencia. (General Electric, 2015)

Además, la adquisición trajo efectos positivos en eficiencia, como la optimización de la cadena de suministro, la integración de tecnologías avanzadas en el diseño de turbinas, y la reducción de costos operativos a través de la sinergia entre los dos gigantes industriales. Esto no solo benefició a GE, sino que también mejoró la competitividad global en el sector de la energía, contribuyendo al bienestar general del mercado, sin perjudicar la competencia.

Si bien el estándar centrado en el consumidor permite también la implementación de remedios para mitigar los efectos negativos sobre estos, presenta una mayor aversión al riesgo al momento de tomar decisiones bajo este enfoque. Llevando a que la autoridad rechace de plano la operación o la acepte con condicionamientos mucho más exigentes. Esto se debe a que muchos de los beneficios asociados a las eficiencias pueden traducirse, al menos en el corto plazo, en un aumento de precios para los consumidores. Por ejemplo, medidas como la venta de activos pueden requerir un período considerable para que se reestructure la competitividad del mercado, mientras las empresas se ajustan a la nueva configuración operativa.

Estos condicionamientos se presentan en la mayoría de las jurisdicciones, incluyendo Colombia dónde la SIC puede autorizar de manera condicionada integraciones que puedan afectar en gran manera la competencia. Los remedios pueden dividirse en dos clases: (i) de comportamiento y (ii) estructurales.

Si bien este artículo no se enfoca en determinar cuáles son los remedios óptimos para aplicar ni en cómo calcular con mayor precisión los impactos de ciertos condicionamientos, vale la pena señalar que autores como Markus Dertwinkel-Kalt y Christian Wey (2015) han desarrollado modelos económicos que muestran cómo ciertos remedios estructurales pueden librar de externalidades a los consumidores. Por ejemplo, en el contexto de la venta de activos por parte de empresas que se fusionan, puede existir un nivel específico de desinversión en el que se cumple esta condición: que los precios antes y después de la fusión permanezcan iguales. A este punto se le conoce como desinversión que restaura el precio (*price-restoring divestiture*).

La OCDE (2012), en su informe titulado *Remedies in Merger Cases*, recopiló experiencias de diversos países con el objetivo de analizar y perfeccionar la práctica de la política de competencia. En el caso de Austria, el informe termina por concluir que, en el 60% de los casos, el monitoreo de los remedios de comportamiento fue suficiente o se convirtió en innecesario debido a la reventa del negocio. En el otro 40% se enviaron inspectores, y tan solo se presentó un caso de no cumplimiento, el cuál fue multado con una larga suma de dinero. Lo anterior significa que el uso de monitoreo comportamental, junto con medidas de castigo para aquellos que no cumplen, puede generar una cultura de *compliance* que haga que las empresas respeten los condicionamientos impuestos.

En estos escenarios, es probable que algunas personas cuestionen la aplicación de remedios argumentando que estos generan costos para las empresas y, por lo tanto, sería contrario a los principios del modelo de bienestar total. Sin embargo, el estándar de bienestar total no debe limitarse a buscar el escenario con la mayor disminución de costos posibles, sino aquel escenario dónde los costos se reduzcan a un punto en que la producción compense el aumento de precios. Es por lo anterior que esta objeción pasa por alto un punto clave: aunque el ahorro de costos pueda ser mayor en un escenario en el que la autoridad de control no imponga remedios, ello no implica que la integración con remedios resulte ineficiente. Al realizar una comparación entre la situación de las empresas antes y después de la integración, incluso

considerando los costos asociados a los remedios, es posible observar que sigue existiendo un aumento neto en la eficiencia.

En suma, el uso de remedios en procesos de integración empresarial no contradice el estándar del bienestar total, sino que lo complementa al permitir que se concreten fusiones eficientes sin comprometer la competencia. A través de medidas estructurales o de comportamiento, las autoridades pueden mitigar riesgos anticompetitivos y asegurar que los beneficios derivados (como mayores eficiencias productivas o innovaciones) redunden en un mayor bienestar social. Aunque los remedios impliquen ciertos costos para las empresas, estos no desvirtúan la ganancia neta de eficiencia que puede derivarse de una integración bien estructurada bajo los principios del bienestar total.

3.2. Sobre la distribución y la desigualdad

La segunda objeción al estándar de bienestar total radica en que su énfasis en el aumento de la riqueza no implica necesariamente un incremento del bienestar general. De hecho, algunos críticos sostienen que dicho aumento podría traducirse en una reducción del bienestar social. Glick (2018) es uno de los opositores más enfáticos del estándar propuesto por Bork, y argumenta que este fue teóricamente defectuoso y metodológicamente débil desde sus orígenes. Entre los fundamentos que presenta para sostener esta crítica, destaca la idea, errónea, a su juicio, de que un mayor nivel de riqueza conduce automáticamente a un mayor bienestar. Esta objeción la resume de la siguiente manera:

“El aumento de la riqueza, definido como el PIB a precios de mercado, no es necesariamente coextensivo con un mayor bienestar. Cuando algunos bienes aumentan y otros disminuyen, esto impacta la distribución real, lo que a su vez puede tener un impacto independiente en el bienestar.” (Glick, 2018)

Para respaldar su argumento, Glick recurre a una propuesta de Pigou, según la cual, en una economía compuesta por múltiples productos, el PIB y el bienestar pueden evolucionar en direcciones opuestas, debido a que los cambios en los precios de los bienes afectan la

distribución real. Aunque esta afirmación es lógicamente válida, su relevancia dentro del debate es limitada.

Señalar que, en ciertos casos aislados, el crecimiento económico no se traduce en mayor bienestar no implica que, en la mayoría de los casos, ambas variables no puedan avanzar conjuntamente.

Por ejemplo, si un producto es consumido exclusivamente por personas de altos ingresos, una reducción en su precio podría aumentar el PIB al estimular su consumo por parte de esta población, sin necesariamente mejorar el bienestar de los sectores más pobres. Sin embargo, este tipo de situaciones no suponen una pérdida directa para los consumidores de bajos ingresos, ya que su situación no cambia por la reducción en el precio del bien de lujo, salvo que genere, a su vez, un aumento en el precio de bienes consumidos mayoritariamente por personas con menores recursos, pero no hay una relación directa que nos pueda llevar a esa conclusión. Incluso en tales escenarios, las autoridades estatales pueden intervenir mediante una evaluación específica del impacto distributivo. En última instancia, el argumento de Glick identifica posibles excepciones, pero no ofrece una razón convincente para rechazar la validez general de la relación entre crecimiento económico y bienestar.

Glick plantea un ejemplo en el que el precio del vino disminuye mientras que el del pan aumenta. El vino, en este caso, es consumido mayoritariamente por personas con altos ingresos, mientras que el pan lo es por personas de bajos ingresos. La conclusión a la que llega el autor es que esta situación incrementa el dividendo nacional, pero reduce el bienestar de las personas pobres. Por tanto, argumenta que un aumento en la riqueza agregada no necesariamente implica un aumento en el bienestar general.

Sin embargo, como podrá notar el lector, este ejemplo parte de una premisa muy específica: la existencia de dos bienes completamente distintos, consumidos por poblaciones diferentes. ¿Por qué sería este un escenario común en los casos de resolución de controversias en materia de competencia? Para que la situación descrita represente un riesgo real, tendría que existir una correlación directa entre los dos bienes, lo cual no es habitual si pertenecen a categorías de consumo completamente separadas. Además, al resolver una disputa en derecho a la competencia se impacta el mercado relevante en cuestión, que es aquel determinado por el tipo

de producto y el espacio geográfico en el que se ofrece. La misma definición de este mercado establece el peso que tiene una clase poblacional con un determinado ingreso.

En el mejor de los casos, su proposición plantea que, si por coincidencias particulares el precio de un bien disminuye mientras que el de otro aumenta, no puede afirmarse que un incremento en la riqueza implique necesariamente un aumento en el bienestar. No obstante, en el contexto de la resolución de disputas en materia de competencia, este tipo de situaciones es irrelevante. Las decisiones de las autoridades de competencia suelen limitarse a un conjunto específico de productos, generalmente relacionados entre sí por formar parte de la misma cadena de valor o por compartir características de sustitución o complementariedad. Además, estos efectos pueden anticiparse y gestionarse adecuadamente mediante una correcta delimitación del mercado relevante en el que opera la empresa.

Ahora, más allá de la respuesta teórica, es necesario preguntarse si la creación de igualdad y la redistribución deberían ser algo que le importaría al derecho de la competencia. Está claro que la política antimonopolio puede reducir la desigualdad debido a que genera transferencias de riqueza. Por ejemplo, una reducción de precios transfiere riqueza de las empresas a los consumidores. Sin embargo, que el derecho de la competencia sea un medio para este fin, no significa que sea el medio más idóneo.

Cooter *et al* (2016) establecen que la redistribución por medio del derecho termina siendo un despilfarro al ser un método poco eficiente. Muchos economistas creen que los programas de impuestos progresivos y bienestar social pueden hacer un mejor trabajo que mediante la transferencia de riqueza por medio del derecho antimonopolio por las siguientes razones. En primer lugar, la redistribución puede ser poco efectiva porque no tiene un enfoque certero de estar transfiriendo riqueza a quienes más lo necesitan. Este punto se puede entender de la siguiente manera:

“El impuesto sobre la renta afecta con precisión a la desigualdad, mientras que la redistribución mediante los derechos legales descansa en promedios rudimentarios. Por ejemplo, supongamos que los tribunales interpretan una ley en favor de los consumidores y en contra de las corporaciones a fin de redistribuir la riqueza de los ricos a los pobres. “Consumidores” e “inversionistas” corresponden imperfectamente a “pobres” y “ricos”. Los consumidores de automóviles Ferrari, (...) tienden a ser

relativamente ricos. Muchos negocios pequeños se organizan como corporaciones”
(Robert D. Cooter, Derecho y Economía, 2012)

Crane (2010) también destaca la dificultad de encasillar categorías como consumidores y accionistas dentro de clases sociales claramente diferenciadas. En la práctica, estas categorías agrupan a personas con niveles de ingreso muy diversos, lo que impide que los efectos de una eventual compensación entre ellas sean funcionales o equitativos. Incluso, resulta incierto si las corporaciones realmente absorberán los costos derivados de medidas redistributivas o si, por el contrario, trasladarán dichos costos a los consumidores, afectando negativamente a quienes se pretende proteger.

En conclusión, aunque desde una perspectiva moral la redistribución puede considerarse deseable, el derecho de la competencia no es el instrumento idóneo para materializarla. Su propósito principal debe centrarse en promover la eficiencia económica. Esta, al maximizar la creación de riqueza en la mayoría de los casos, genera las condiciones para que dicha riqueza pueda ser redistribuida posteriormente a través de mecanismos más adecuados, como lo son las políticas fiscales y sociales del Estado.

4. Contexto normativo colombiano

4.1. Sobre los procedimientos de la SIC frente a las integraciones empresariales

La ley 1340 de 2009 establece que existen dos posibles trámites para atender el deber de información *ex ante* al momento de realizar una integración empresarial, y son los intervinientes quienes deben escoger cuál de los dos es el camino adecuado, dependiendo de la participación con la que cuentan en los mercados relevantes involucrados (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 56738, 2014).

La principal diferencia entre ambos procedimientos radica en la participación conjunta de las empresas en el mercado relevante. Cuando dicha participación es inferior al 20 %, se aplica el trámite de notificación, el cual se considera automáticamente autorizado una vez que se

presenta la notificación correspondiente. Por otro lado, aquellas empresas que superen este porcentaje de participación conjunta están sujetos al procedimiento de aprobación de concentraciones por parte de la SIC. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018)

Es necesario hacer énfasis en el trámite de autorización de concentraciones, ya que este es el escenario dónde se presentan los sacrificios entre la eficiencia empresarial y la competencia del mercado. Este trámite consta de dos fases, dónde se hace un estudio preliminar y uno de fondo, cada uno con su propia duración. La SIC establece el contenido y las formalidades de este trámite en la Resolución 10930 de 2015.

La metodología adoptada por la SIC para evaluar una integración empresarial comienza con el análisis de los supuestos subjetivo y objetivo, los cuales han sido definidos de la siguiente manera: en cuanto al supuesto subjetivo, este...

“(...) se configura cuando ocurre al menos una de las siguientes situaciones:

- a) Las empresas intervinientes en la operación realizan la misma actividad económica;*
- b) Las empresas intervinientes en la operación se encuentran en la misma cadena de valor.*

Se entiende por empresas intervinientes aquellas que: i) hacen parte de una operación de concentración que se proyecta realizar y que puede tener efectos en el mercado nacional.

Se entiende por cadena de valor: el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto[1] obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le agrega sucesivamente valor al producto, desde su creación hasta que llega al consumidor final.” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 10930 de 2015)

Por otro lado, el supuesto objetivo se refiere al umbral establecido por la SIC, medido en salarios mínimos mensuales legales vigentes, con base en los ingresos operacionales o los activos de las empresas involucradas. Este umbral determina si una operación debe ser considerada como una integración empresarial sujeta al deber de notificación ante la autoridad de competencia. En este sentido, la SIC lo define de la siguiente manera:

“El supuesto objetivo se configura cuando ocurre al menos una de las siguientes situaciones:

a) Las empresas intervinientes, 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.

b) Al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada las empresas intervinientes tuviesen, conjunta o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.” (Superintendencia de Industria y Comercio, ibidem)

Ambos supuestos, anteriormente presentados, son los que determinan que la integración está sujeta al deber legal de información ex ante. Posteriormente, la SIC analiza los efectos que pueda generar la integración en la competencia del mercado a través de los siguientes pasos: definición del mercado relevante, análisis de la estructura del mercado relevante, índices de concentración, barreras de entrada, competencia potencial, análisis de efectos unilaterales y colaterales, y eficiencias (Serrano, 2022).

Con respecto a la definición del mercado relevante, la SIC se apoya en los lineamientos diseñados por la Red Internacional de Autoridades de la Competencia (ICN, por sus siglas en inglés). Frente a esto, la SIC ha establecido lo siguiente:

“La ICN destaca dos razones importantes por las cuales la definición del mercado relevante es de crítica importancia. Por un lado, es primordial para entender el escenario en que las fuerzas competitivas tienen lugar y, por el otro, y aún más importante, la definición del mercado es fundamental para poder calcular las cuotas de cada competidor en el mercado en cuestión, dado que éstas se calculan con base en el tamaño total del mercado. Nótese que este último factor constituye el indicador básico del poder de mercado de una empresa. Así, cuando se observa que la suma de las cuotas de mercado de las intervinientes es elevada, la autoridad de competencia detecta que la operación puede generar problemas de competencia en el mercado y

viceversa.” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 54416 de 2014, pp 12)

Por ende, una vez definido el mercado relevante, teniendo en cuenta tanto el factor de producto como el factor geográfico, se analiza la estructura de este y se puede determinar las cuotas de participación, el tamaño de los competidores y la capacidad de poder que obtiene el nuevo ente integrado. Posteriormente, la SIC procede a hacer un cálculo de la concentración del mercado, por medio del uso de ciertas herramientas económicas.

Los principales índices utilizados por la SIC son: Índice de concentración Herfindahl y Hirschman (HHI), Índice de asimetría KWOKA e Índice de dominancia STENBACKA. (SIC, Resolución 4352 de 2019). Cada uno de estos índices descansa en fórmulas matemáticas distintas. Por ejemplo, el índice HHI es tomado directamente de las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia y el FTC de EEUU, el cuál “*es calculado mediante la suma de los valores al cuadrado de las participaciones de mercado de todas las empresas participantes, otorgándole así un peso proporcional mayor a las cuotas de mercado más altas*” (SIC, ibidem).

En esa misma línea, cuando el análisis de concentración indica que existe una posibilidad alta de que la empresa integrada adquiera bastante poder de mercado, la SIC procede a evaluar qué barreras de entrada podrían existir para nuevos competidores al mercado. De manera general, establece lo siguiente frente a este punto:

“las barreras a la entrada se pueden definir como todos aquellos factores que impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 de 2017)

La SIC complementa este análisis de barreras de entrada con los estudios económicos que describen estas situaciones. Siendo esto así, la entidad ha tomado los conceptos proporcionados por la OCDE para describir ciertas barreras de entrada de la siguiente manera:

“De otra parte, la OCDE ha señalado que las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas: las primeras, están relacionadas con condiciones básicas

de la industria, mientras que las barreras estratégicas son aquellas creadas intencionalmente por los agentes incumbentes para restringir la entrada de nuevos competidores.” (Superintendencia de Industria y Comercio, ibidem)

En cuanto a las barreras de entrada, la SIC considera cómo los costos pueden influir en la posibilidad de generar competencia efectiva en un mercado. Un ejemplo relevante es el concepto de *costos irre recuperables*, entendidos como aquellos gastos en los que debe incurrir una empresa para ingresar al mercado y que no pueden recuperarse al momento de una eventual salida. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se requiere infraestructura altamente especializada que no puede destinarse a otros fines productivos o cuya enajenación resulta especialmente difícil.

Por último, si se encuentra que la operación de integración puede llevar a una indebida restricción de la competencia, la SIC analiza las eficiencias generadas que pueden ser alegadas por los intervinientes para no objetar la integración. Así mismo lo establece la Ley 1340 de 2009 en su artículo 12:

“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.” (Congreso de la República, 2009)

Todo lo anterior conforma el procedimiento adoptado por la autoridad de competencia para evaluar una integración empresarial. Es evidente la estrecha relación que existe entre el análisis jurídico y la valoración económica, ya que ambos enfoques se complementan en la toma de decisiones. Cada caso en materia de competencia requiere una evaluación técnica rigurosa y un análisis probatorio detallado del mercado relevante, de las condiciones competitivas existentes y de los posibles efectos que la operación pueda generar. Solo a partir de esta interacción entre el derecho y la economía es posible determinar si una integración afecta o no la dinámica competitiva y, en consecuencia, si debe ser autorizada, condicionada o rechazada.

4.2. Aplicabilidad del estándar del bienestar total en el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, si bien el discurso legal gira en torno al bienestar exclusivo del consumidor, el ordenamiento jurídico permite justificar la adopción del estándar del bienestar total en materia del derecho de la competencia. El derecho de la competencia se encuentra regulado desde la Constitución Política de 1991. En primer lugar, es claro que la Constitución busca cuidar al consumidor en la actividad económica, pero relacionando este bienestar con la eficiencia de los oferentes, así lo establece el artículo 78 superior cuando plantea que:

“(…) Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios” (Constitución Política, art. 78)

Bajo este enfoque, las empresas tienen la responsabilidad de garantizar un aprovisionamiento eficiente de bienes y servicios para los consumidores en la sociedad colombiana. En este sentido, la eficiencia productiva no solo es deseable, sino que se convierte en un elemento esencial para la efectiva protección del consumidor, al permitir que las empresas continúen satisfaciendo las necesidades de la comunidad.

Asimismo, el artículo 334 de la Constitución Política establece que el Estado debe intervenir para racionalizar la economía, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y promover los beneficios del desarrollo. De esta lectura constitucional se desprende una conclusión fundamental: el mercado competitivo no constituye un fin en sí mismo, y la mera existencia de una multiplicidad de agentes carece de valor intrínseco; su relevancia radica en la medida en que contribuye al bienestar general y al interés público.

En este contexto, el estándar de bienestar total adquiere relevancia a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, especialmente por su énfasis en la eficiencia económica como criterio fundamental en el derecho de la competencia. Este enfoque otorga un valor significativo a factores como las economías de escala y la reducción de costos, los cuales permiten una producción más eficiente de bienes y servicios, beneficiando indirectamente al consumidor.

La SIC reconoce que uno de los componentes esenciales del bienestar del consumidor es el excedente que este puede obtener; sin embargo, también identifica otros elementos de interés público que sólo pueden alcanzarse mediante una mayor eficiencia económica, tales como la sostenibilidad de la oferta, la innovación productiva y la mejora en la calidad de los bienes y servicios disponibles en el mercado:

“Los consumidores se benefician cuando su excedente se maximiza. Sin embargo, ese no es el único escenario en el que esto sucede. Cuando los consumidores adquieren bienes o servicios de mejor calidad, cuando se les da toda la información para tomar la mejor decisión de compra o cuando los productores se esfuerzan porque sus productos sean innovadores, también habrá bienestar para los consumidores.”
(Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto n° 60790 de 2015)

En esa misma línea, la ley ha establecido la importancia de la eficiencia económica como un objetivo fundamental. La ley 1340 de 2009 señala explícitamente que *“Las normas sobre protección de la competencia tienen como objetivo promover la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.”* (Congreso de la República, 2009). Esta es la razón por la cual se evidencia que la SIC ha adoptado un análisis de eficiencias como se ha descrito en el apartado anterior.

La Constitución, en función de proteger la libertad empresarial, debe garantizar que los agentes económicos actúen correctamente sin usar artimañas, contrarias a la honestidad y lealtad comercial, para expulsar a otros agentes del mercado (Corte Constitucional, C-228 de 2010). No obstante, aquellos que obtienen una mayor expansión de mercado por causas espontáneas y por el aumento de la eficiencia no deberían ser intervenidos de la misma manera.

La SIC resalta la importancia de tener en cuenta los procesos productivos, ya que su función en el derecho de la competencia tiene otros objetivos adicionales, lo que lo diferencia del derecho del consumidor. En la Resolución 53403 de 2013, señala que:

“Aunque el fin ulterior del derecho de protección al consumidor y el derecho de competencia sea mejorar el bienestar del consumidor, existen diferencias fundamentales entre los problemas económicos que ambos conjuntos de reglas jurídicas están encaminados a corregir. En efecto, las normas sobre protección de la

competencia están dirigidas a garantizar que exista un proceso competitivo que derive en mayores beneficios para el consumidor -mejores precios, calidades, etc.- y en mayor eficiencia económica; de tal forma que dicho proceso no se vea falseado por conductas artificiales que no producen beneficio alguno para los consumidores o la economía.” (Superintendencia de Industria y Comercio, *ibidem*).

Existe una cierta convergencia entre el estándar del bienestar del consumidor y el del bienestar total, en tanto ambos persiguen, en última instancia, la maximización del beneficio social. No obstante, las diferencias radican en el camino que cada uno propone para alcanzar dicho objetivo. El estándar centrado en el consumidor, como lo ha señalado la jurisdicción colombiana, busca garantizar ese beneficio a través de mecanismos de protección estatal directa.

En contraste, el estándar de bienestar total introduce una mayor flexibilidad en ciertos criterios, con el fin de permitir que las eficiencias económicas —como la reducción de costos y las mejoras productivas— redunden finalmente en favor del consumidor. Esta posibilidad de alternancia o matización en el enfoque adoptado por la SIC está contemplada por el propio ordenamiento jurídico, el cual ha sido diseñado con fines amplios y adaptables a las cambiantes necesidades económicas del país. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“(…) La experiencia indica[,] además, que las prácticas comerciales y las dinámicas del mercado son mucho más rápidas que las de la regulación y el derecho, hasta el punto de haberse planteado la necesidad de la “desregulación” o de la regulación mínima de algunas actividades económicas o de prácticas comerciales, bursátiles y cambiarias, por considerar que la regulación puede convertirse en una barrera o en un impedimento para el libre juego de los mercados. En sentido contrario[,] esto ha implicado la necesidad de utilizar términos clasificadorios amplios, acordes a las dinámicas de los mercados.” (Corte Constitucional, C-032 de 2017)

De este mismo análisis jurisprudencial, Quintero (2020), al evaluar cómo ha influido la Escuela de Harvard y la Escuela de Chicago en la toma de decisiones de las autoridades de competencia,

llega a la misma conclusión sobre la adaptabilidad del sistema jurídico colombiano frente a necesidades económicas que requieren de respuestas dinámicas:

“(...) en Colombia existe la necesidad de una reforma legislativa en materia de protección a la competencia donde se reduzca el número de conductas presumidas como anticompetitivas, flexibilizar la tipificación o instituir únicamente los tipos amplios que vayan acordes con la dinámica de los mercados y en todo caso otorgar la posibilidad al agente o agentes investigados de probar la ausencia de afectación del mercado o el efecto beneficioso de ella en los intereses de los consumidores, garantizando así la eficiencia económica de nuestro mercado y a la vez el bienestar del consumidor con mejores precios de bienes y servicios de mejor calidad.” (Quintero, 2020)

En conclusión, aunque el derecho colombiano de la competencia hace referencia explícita al bienestar del consumidor, tanto la estructura constitucional, como la ley 1340 de 2009, la jurisprudencia nacional, y la práctica administrativa de la SIC, permiten justificar la aplicación del estándar del bienestar total. Este criterio permite una valoración más integral del impacto de las conductas empresariales sobre el mercado, considerando tanto a los consumidores como a los productores, ya que estos últimos son determinantes en el bienestar de la comunidad y de los mismos consumidores.

4.3. La relación entre la empresa en crisis y el bienestar total

Para relacionar lo anteriormente reflexionado con el caso en concreto de este trabajo, es necesario ver los elementos jurídicos del concepto de “empresa en crisis” en el estudio de integraciones empresariales. La figura de empresa en crisis no está expresamente consagrada en la ley, pero ha tenido desarrollo en las resoluciones de la SIC.

Arboleda, C (2019) define la excepción de empresa en crisis como el escenario donde los intervinientes puedan demostrar que, si bien una operación de integración tendría efectos restrictivos en el mercado, una de ellas se vería obligada de salir del mercado en el futuro cercano en razón a su situación financiera y que no existe otra forma menos restrictiva que le

permita seguir ejecutando su actividad económica salvo adelantar la operación en cuestión (Arboleda, 2019).

La excepción de empresa en crisis es una figura originada en el sistema anglosajón, que ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea. A lo largo de este proceso, se han establecido criterios claros y bien delimitados, con el fin de evitar una aplicación arbitraria por parte de las autoridades de competencia. En el ámbito europeo, la Comisión Europea ha definido una serie de requisitos específicos para la aplicación de esta excepción:

- “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.”* (Hernandez, 2014)

Ahora bien, al comparar estos criterios con el marco normativo colombiano, es importante señalar que la excepción de empresa en crisis no se encuentra expresamente regulada en el ordenamiento jurídico nacional. No obstante, la ausencia de una regulación específica no impide que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) haya podido desarrollar esta figura a partir de los principios generales establecidos por el legislador. La misma incluso ha tomado la doctrina internacional para poder aplicar esta excepción a los casos dentro de su jurisdicción. Es por este motivo que estos mismos criterios establecidos por la Comisión Europea son los que se han utilizado en el derecho colombiano.

Un análisis detallado permite advertir que la construcción de esta excepción en Colombia se sustenta en los mismos fundamentos que orientan el estándar de bienestar total, particularmente en la búsqueda de eficiencias que generen beneficios sociales. Un claro ejemplo de ello se encuentra en el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009, el cual autoriza la aprobación de una integración empresarial cuando *“los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia”* (Congreso de la República, 2009). Esto demuestra que el ordenamiento jurídico colombiano permite ponderar eventuales

perjuicios sobre la competencia, siempre que se justifiquen por beneficios superiores para el bienestar general.

Hernández (2014) llega a esta misma conclusión estableciendo lo siguiente:

“A nuestro juicio, la excepción de eficiencia es un antecedente que permite y justifica plenamente la implementación de FFd (excepción de empresa en crisis) 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” (Hernandez, ibidem)

De nuevo, parece ser que el ordenamiento jurídico colombiano le da una importancia no solo al comprador, sino también a los productores. Una expresión normativa de esta idea es el artículo 1.º de la Ley 1116 de 2006, que define a la empresa como “unidad de explotación económica y de fuente generadora de empleo”. En este sentido, resulta manifiesto el significativo impacto que la empresa, considerada como una unidad económica singular, ejerce sobre el país, en tanto constituye una fuente esencial de generación de empleo y bienestar.

Estos factores son pilares del Estado Social de Derecho y revisten una importancia crucial, ya que la prosperidad social se encuentra condicionada por la dinámica de la economía nacional y el desempeño de sus empresas.

Ahora, terminando de establecer la relación entre el bienestar total y los fundamentos del concepto de empresa en crisis, es necesario estudiar los elementos que ha establecido la SIC para la aplicación de esta excepción. Uno de los casos en los que se ha tomado en cuenta esta figura es en el Caso Grupo Argos - Cementos Andino, donde se demostró a plenitud que la integración entre ambos intervinientes podía restringir la competencia, pero que la desaparición de ANDINO y CONCRECEM del mercado relevante era una circunstancia de interés constitucional que podía sopesar los efectos sobre la competencia.

En ese mismo caso, la SIC adopta los criterios desarrollados por la Comisión Europea en relación con la excepción de empresa en crisis, aunque introduce ciertos matices adaptados al contexto nacional y a las particularidades del caso concreto. En primer lugar, la autoridad realiza una interpretación teleológica del ordenamiento jurídico en materia de derecho de la competencia, privilegiando la finalidad última de la norma por encima de una lectura

estrictamente literal. La entidad reconoce que, bajo una interpretación literal, la integración empresarial debería ser objetada; sin embargo, fundamenta su decisión en los objetivos superiores del régimen de competencia, y en este sentido, señala que:

“Sin embargo, si se demuestra de manera inequívoca que - de no concretarse la integración una de las sociedades intervinientes, en demostrada crisis financiera, desaparecería del mercado y que esa circunstancia, también de manera irrefragable, generaría restricciones en el mercado iguales o superiores a las que se ocasionarían con la integración, resulta forzoso concluir que la decisión de objetar la integración no sería razonable a los fines de la norma constitucional, es decir que sería una decisión injustificada.

Así pues, la entidad de competencia podrá prevenir la salida del mercado de una empresa no viable, autorizando la operación de integración que se constituye en su única salvación posible, siempre que se demuestre que los efectos restrictivos del mercado serían iguales o peores en caso de negarse la integración. Una decisión así adoptada resulta razonable, al tenor del artículo 4 de la Constitución Política, pues guarda total armonía con los fines del precepto constitucional.” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 13544 de 2006)

Algunas particularidades del caso concreto resultan especialmente relevantes. Por ejemplo, en relación con el criterio según el cual no debe existir una alternativa menos restrictiva para salvar a la empresa en crisis, la SIC reconoce que, en principio, sería posible acudir a un proceso de protección de acreedores. Sin embargo, tras analizar las circunstancias financieras específicas de ANDINO y CONCRECEM, concluye que dicha opción resulta inviable. Esta inviabilidad se deriva de factores como la magnitud del pasivo, la insuficiencia de flujo de caja y la falta de activos líquidos que permitan una reestructuración efectiva en el corto plazo, lo cual hace que la integración sea la única alternativa razonable para evitar la salida del mercado de una de las empresas, por lo tanto, esta alternativa:

“(…) no es posible, bajo las condiciones actuales de generación operacional y de niveles de endeudamiento, llevar a cabo un acuerdo de reestructuración de las obligaciones financieras, ni la consecución de nuevos recursos de deuda en el sistema financiero” (Superintendencia de Industria y Comercio, *ibidem*)

Por último, en esta integración empresarial, para eliminar las preocupaciones sobre los perjuicios que pueda haber sobre la competencia, los intervinientes adquirieron compromisos en mantener la misma política de precios y condiciones de sus productos. Por lo tanto, existe un condicionamiento de comportamiento “*de tal forma que el precio aplicado a sus diferentes canales de venta en cada uno de esos departamentos sea equivalente o no supere, en ningún caso, al precio más bajo aplicado en otro departamento del territorio nacional en donde se encuentre ARGOS.*” (ibidem).

5. Caso concreto en Colombia: Avianca y Viva Air

5.1. Operación de integración entre AVIANCA y VIVA AIR

El 8 de agosto de 2022, cuando las empresas intervinientes presentaron ante la Aeronáutica Civil (Aerocivil) la solicitud de autorización para una operación de integración empresarial, varios terceros interesados manifestaron que ya existía una integración previa entre AVIANCA y VIVA AIR que no había sido notificada oportunamente. En consecuencia, solicitaron que se informara a la SIC para que iniciara un procedimiento por posible incumplimiento del deber de información. Así, la controversia en torno a la integración entre AVIANCA y VIVA AIR se estructuró en torno a dos operaciones distintas: una primera transacción presuntamente ejecutada sin notificación previa, y una segunda presentada formalmente para su evaluación y eventual autorización por parte de la Aerocivil.

5.1.1. Proceso ante la SIC

Con respecto a la integración no notificada, los hechos establecieron que el día 29 de abril de 2022, Vehicle1 Limited (IV1L), controlante de AVIANCA, adquirió el 100% de los derechos económicos (acciones) de VIVA LATINAMERICA (actualmente REXTON), que era la controlante de VIVA AIR y VIVA PERÚ.

El objeto de análisis en esta transacción consistió en determinar si entre AVIANCA y VIVA AIR se había materializado una integración empresarial, ya que, de verificarse dicho supuesto, sería posible establecer si existió un incumplimiento del deber legal de informar a las autoridades competentes para que estas pudieran autorizar, rechazar o condicionar la operación.

Frente a este problema jurídico, la autoridad de competencia concluyó que la adquisición de derechos económicos fue suficiente para configurar una integración empresarial, en la medida en que generaron vínculos económicos estructurales entre ambas compañías. Además, la SIC manifestó que incluso en el supuesto escenario dónde la autoridad considerara que la separación de derechos políticos y económicos hubiera sido idónea, hay motivos para concluir que la separación fue tan solo aparente. En consecuencia, dicha operación debió haber sido previamente informada a la autoridad competente.

5.1.2. Proceso ante la Aerocivil

En cuanto a la transacción presentada ante la Aeronáutica Civil (Aerocivil), autoridad competente para aprobar integraciones empresariales en el sector aeronáutico, conforme al artículo 1866 del Código de Comercio y al artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, se realizó la notificación correspondiente de manera adecuada, con el propósito de obtener su autorización formal por parte de dicha entidad.

Este proceso surge a partir de la futura adquisición del 100% de los derechos políticos y la transferencia de titularidad de acciones con derecho de voto de VIVA AIR hacia IVIL. Desde la presentación de la solicitud, las partes intervinientes reconocieron los incrementos sustanciales en las particiones de mercado combinadas y los niveles de concentración, pero alegaron la figura de excepción de empresa en crisis para autorizar la integración. (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 04723, pp. 53)

El proceso adelantado ante la Aerocivil puede dividirse en tres etapas decisorias principales. En primer lugar, la Resolución 2473 de 2022, mediante la cual se rechazó de plano la operación de integración entre las empresas intervinientes. No obstante, esta decisión fue posteriormente dejada sin efecto debido a la existencia de una irregularidad sustancial en el trámite

administrativo. En segundo lugar, la Resolución 518 de 2023 constituyó la decisión de fondo que autorizó la integración, aunque sujeta a una serie de condicionamientos específicos. Finalmente, la Resolución 873 de 2023 resolvió los recursos de apelación interpuestos por las partes frente a la decisión anterior, ya que se encontraban en desacuerdo con los condicionamientos establecidos, dando cierre al trámite administrativo en sede de la Aerocivil.

5.1.2.1. Resolución 2473 de 2022 - Operación objetada

Para analizar en profundidad las consideraciones económicas y jurídicas que sustentaron esta decisión, resulta indispensable comprender el contexto y las circunstancias particulares en las que los intervinientes presentaron la solicitud. Estos factores influyeron de manera significativa en el criterio adoptado por la Aeronáutica Civil al momento de evaluar y resolver la operación de integración.

AVIANCA y VIVA AIR presentaron su solicitud de integración amparándose en la figura de excepción por empresa en crisis. No obstante, existen dos elementos que resultaron determinantes en el análisis de dicha solicitud. En primer lugar, las partes intervinientes no ofrecieron ningún tipo de condicionamiento destinado a mitigar los posibles efectos negativos derivados del aumento en la concentración del mercado, solicitando que la operación fuera aprobada en su totalidad y sin modificaciones. En segundo lugar, y probablemente en conexión con lo anterior, las empresas se abstuvieron de realizar un análisis detallado sobre los efectos que la integración podría generar en el mercado. Según manifestaron expresamente, consideraban que bajo la aplicación de la excepción de empresa en crisis “(...) *las Partes quisieran reiterar que, bajo la figura de excepción de empresa en crisis, no se requiere probar o indicar cuáles serían los beneficios de la operación*” (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, *ibidem*, pp. 53). Ambos elementos fueron de crucial importancia para que se rechazara de plano la operación.

La Aeronáutica Civil reconoce expresamente que esta es la primera vez que se enfrenta al análisis de una solicitud de integración empresarial invocando la excepción de empresa en crisis. En consecuencia, busca establecer una doctrina administrativa clara, acudiendo como referencia a la experiencia comparada de Estados Unidos, la Unión Europea y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en Colombia. A partir de estas fuentes, adopta

los tres criterios tradicionalmente utilizados para evaluar esta excepción, como se explicó en el apartado 4.3 de este trabajo, aunque introduce ciertos matices en su aplicación, con el fin de ajustarlos a las particularidades del caso concreto. En síntesis, la entidad concluye que no se encuentra acreditado ninguno de los tres requisitos necesarios para que proceda la excepción de empresa en crisis. A continuación, se examinarán los fundamentos que sustentan dicha conclusión.

En relación con el primer criterio, según el cual debe acreditarse que la empresa se encuentra en una situación de crisis tan grave que su salida del mercado es inminente, la Aerocivil realiza una aclaración fundamental: no es suficiente con demostrar pérdidas financieras temporales ni un deterioro pasajero en el flujo de caja. Por el contrario, la autoridad exige que la situación económica sea insostenible y que la inviabilidad de la empresa resulte irreversible. En este sentido, ha sostenido que la crisis debe ser demostrada como irreparable para justificar la aplicación de esta excepción (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, *ibídem*, p. 132).

La Aerocivil concluyó que no se encontraba acreditado el primer criterio, ya que las razones esgrimidas por las partes intervinientes para justificar la supuesta crisis financiera de VIVA AIR se basaban exclusivamente en la fluctuación de tres variables macroeconómicas: (i) el aumento en el precio internacional del petróleo, (ii) la depreciación del peso colombiano y (iii) el incremento en la tasa de inflación. Sin embargo, la Aerocivil consideró que dichos factores, si bien relevantes en el entorno operativo, no eran suficientes para demostrar una situación de inviabilidad estructural que comprometiera la permanencia de la empresa en el mercado. A juicio de la autoridad, los argumentos presentados reflejaban más una descripción caótica de un entorno económico adverso que una crisis empresarial insalvable. En esa línea, la entidad desestimó la existencia de una crisis real a partir de tres dudas razonables que expone a continuación:

*“Muy poco dicen las **EMPRESAS INTERVINIENTES**, y en realidad nada acreditan con pruebas convincentes, sobre: 1. Porqué su situación es diferente de la de las otras aerolíneas del sector; 2. Porqué su crisis es diferente a las de otras crisis que **FAST COLOMBIA** u otras empresas del sector han enfrentado y superado en el pasado; y 3. Porqué **FAST COLOMBIA** no adoptó ninguna alternativa externa viable diferente a*

la venta de sus acciones a la sociedad controlante de AVIANCA.” (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ibidem, pp. 141)

Con respecto al segundo criterio, la Aerocivil no consideró que las actuaciones internas hayan sido suficientes. En la misma resolución la autoridad procede a enlistar alternativas que en su parecer pudieron ser adoptadas por VIVA AIR:

“(…) los órganos de administración de FAST COLOMBIA debieron haber evaluado la posibilidad de implementar otras medidas internas como, por ejemplo: (i) disminuir beneficios extra legales y bonos; (ii) renegociar las deudas con los proveedores diferentes a los arrendadores de las aeronaves con el fin de aumentar el índice de liquidez de la compañía; y/o (iii) venta de activos.” (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, pp. 146)

Por otro lado, la autoridad señaló que VIVA AIR no acreditó haber explorado de manera diligente otras alternativas de compradores que implicaran un menor nivel de concentración en el mercado, lo cual debió hacerse conforme a los principios de buena fe y debida diligencia. En este sentido, la autoridad cuestionó que no se hubiese realizado una búsqueda activa de posibles adquirentes distintos a AVIANCA. Asimismo, sostuvo que la transacción previa, consistente en la adquisición del 100 % de los derechos económicos de VIVA AIR por parte de AVIANCA, fue precisamente el factor que limitó la capacidad de la empresa en crisis para acceder a nuevas fuentes de liquidez u opciones de rescate, lo que pone en entredicho la independencia de su situación financiera al momento de la solicitud.

En relación con el tercer criterio, que exige demostrar que la salida del mercado de la empresa en crisis generaría efectos iguales o más perjudiciales que la aprobación de la integración, la Aerocivil concluyó que las empresas intervinientes no realizaron un análisis comparativo riguroso que sustentara dicha afirmación. La autoridad advirtió una falta de profundidad en la evaluación de escenarios contrafactuales, lo cual impidió valorar adecuadamente las posibles consecuencias de la salida de VIVA AIR frente a una eventual integración.

Adicionalmente, la preocupación de la Aerocivil se intensificó ante la ausencia total de compromisos o condicionamientos por parte de las intervinientes para mitigar los efectos negativos sobre la competencia, lo que, a su juicio, debilitó aún más la viabilidad de la

excepción de empresa en crisis como justificación de la operación (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ibidem, pp. 163).

En conclusión, la Aerocivil considera que no se cumple con los criterios para que se dé la excepción de empresa en crisis y, por lo tanto, establece que los efectos anticompetitivos de la integración pueden generar mayores daños a la competencia.

5.2.2.2. Resolución 518 de 2023 - Operación autorizada con condicionamientos

Mediante recurso de apelación, las empresas intervinientes lograron que la resolución discutida anteriormente fuera dejada sin efecto debido a una irregularidad sustancial en el trámite. En ese sentido, se ordenó a la Dirección de Transporte Aéreo y Asuntos Aerocomerciales que rehiciera la actuación administrativa conforme a lo señalado en la Ley 1340 de 2009 y normas concordantes. (Secretaría de Autoridad Aeronáutica, Resolución 00079 de 2023)

En esta segunda actuación, las empresas intervinientes mostraron una mayor diligencia al momento de presentar la solicitud de integración, al incluir propuestas de condicionamientos dirigidas a mitigar los posibles efectos adversos sobre la competencia en el mercado. En concreto, ofrecieron dos alternativas de condicionamiento para que la Aerocivil evaluara cuál de ellas podría permitir la aprobación de la operación (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Resolución 518 de 2023). A continuación, en la Tabla 1, se detallan los condicionamientos más relevantes incluidos en la solicitud:

OPCIÓN A	OPCIÓN B
<p>1. Devolución de slots en el Dorado, <u>en franjas horarias específicas</u>.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Temporada Summer: <ul style="list-style-type: none"> ● 47,7% de devolución en salidas ● 36.3% de devolución en llegadas - Temporada Winter: <ul style="list-style-type: none"> ● 60,1% de devolución en salidas 	<p>1. Subasta de activos asociados al aeropuerto El Dorado. La desinversión estratégica contaría de los siguientes activos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las relaciones contractuales que permiten el uso de cinco (5) aviones Airbus A320 de Viva, incluyendo derechos, pasivos y obligaciones asociados a los mismos.

<ul style="list-style-type: none"> ● 52,3% de devolución en llegadas <ol style="list-style-type: none"> 2. El mantenimiento de la marca y el modelo de negocio low cost por un término de mínimo (5) años contados a partir de la fecha en que se encuentre en firme el acto de aprobación de la Transacción. 3. No habrá reducciones significativas de frecuencias (número de vuelos) en las rutas con una alta participación conjunta entre AVIANCA y VIVA AIR. 	<ul style="list-style-type: none"> - 16 pares de slots en el Aeropuerto El Dorado correspondientes a slots que actualmente tiene Viva o bien alguna de las Aerolíneas del Grupo Avianca-Viva, indistintamente, sin recibir contraprestación económica al ganador o ganadores de la subasta, mediando la aprobación de la Aerocivil. - La sustitución patronal de 278 empleados.
CONDICIONAMIENTOS COMPARTIDOS EN AMBAS OPCIONES	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Control de YIELD sobre nuevas rutas con el %100 de concentración como consecuencia de la integración <ul style="list-style-type: none"> ● Los yields corresponden a los ingresos por pasajero-kilómetro obtenidos por la aerolínea en cada vuelo o ruta. Se obtiene dividiendo los ingresos operacionales de la aerolínea por el total de tasa de kilómetros – pasajeros que efectivamente realizan un vuelo o ruta. Este se obtiene multiplicando la cantidad de pasajeros que realizan cada vuelo por la distancia en kilómetro volada 2. Acuerdo interlínea o de Código Compartido con SATENA 3. Mantener los acuerdos interlínea de VIVA AIR 	

Tabla.1: Tabla hecha autónomamente a partir de los datos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

Es necesario establecer desde el principio que la Aerocivil no consideró suficientes los condicionamientos presentados por las partes intervinientes. Por ende, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, la Aerocivil decidió modificar los condicionamientos.

El principal centro de disputa fue con respecto al primer condicionamiento propuesto por las empresas intervinientes, que se refería a la devolución de slots, entendidos como los permisos que permiten a una aerolínea aterrizar o despegar en un aeropuerto durante una franja horaria específica. Dado que la infraestructura aeroportuaria es limitada, estos permisos deben asignarse cuidadosamente para evitar congestiones y garantizar un uso eficiente de las pistas.

La propuesta presentada por las empresas intervinientes contemplaba la devolución de slots en determinadas franjas horarias, pero tanto terceros intervinientes como la Aerocivil consideraron que dicha medida no solucionaba de manera efectiva los problemas de competencia generados por la integración. En particular, la Aerocivil concluyó que los slots ofrecidos para devolución no correspondían a los horarios de mayor demanda, los llamados horarios prime o “peak times”, donde el impacto competitivo es más crítico. Por ello, la autoridad modificó el condicionamiento, sustituyendo las franjas propuestas por las franjas horarias de mayor demanda, a fin de maximizar el efecto correctivo de la medida. (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Resolución 518 de 2023)

Los demás condicionamientos propuestos, como el control del yield, los acuerdos de interlínea de VIVA AIR y la celebración de acuerdos de código compartido (code share) con SATENA, fueron aceptados por la Aerocivil, aunque con algunos ajustes orientados a garantizar su efectividad y adecuada implementación. En conjunto, la Aerocivil aprobó la operación de integración empresarial bajo la condición estricta de que se cumplieran los ocho condicionamientos establecidos, los cuales fueron considerados esenciales para mitigar los efectos negativos sobre la competencia y preservar el bienestar del consumidor.

En relación con los criterios exigidos para acreditar la excepción de empresa en crisis, la Aerocivil no encontró mayores obstáculos para considerar demostrada la situación crítica. Uno de los elementos que tuvo mayor peso en la valoración de la autoridad fue la suspensión de operaciones por parte de VIVA AIR en febrero del mismo año, hecho que evidenció de manera contundente el deterioro financiero y la inviabilidad operativa de la empresa. Esta circunstancia fue interpretada como una manifestación clara de que la compañía enfrentaba una crisis de tal magnitud que justificaba el análisis bajo esta figura excepcional. (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ibidem, pp. 91)

5.2.2.3. Resolución 873 de 2023 - Confirmación de condicionamientos

La Resolución 518 de 2023 fue objeto de recurso de reposición y apelación tanto por parte de AVIANCA y VIVA AIR como por algunos terceros intervinientes. Las aerolíneas solicitaron la reconsideración de los condicionamientos impuestos en primera instancia, argumentando que estos harían inviable la reactivación operativa de VIVA AIR una vez regresara al mercado.

Es importante recordar que, para ese momento, VIVA AIR había suspendido completamente sus operaciones, lo que le generaba una pérdida continua de ingresos. En este contexto, las partes intervinientes expresaron su preocupación frente a los condicionamientos establecidos por la Aerocivil, señalando lo siguiente:

“La resolución 00518 de 2023 de la Aeronáutica Civil, de fecha 21 de marzo de 2023, autorizó la integración pero lo hizo con diversos condicionamientos que, según el caso (i) hacen inviable la operación de Viva en el mediano plazo, condenándola al fracaso operacional y financiero (Ej. falta de slots), (ii) son imposibles de cumplir, dada la realidad actual de esa empresa, que ya ha perdido más de la mitad de sus aviones (Ej. exigencia de mantener capacidad en rutas exclusivas a pesar de la falta de aviones y de slots), o (iii) otorgan beneficios injustificados a terceros (Ej. exigirle a Avianca que pague por la certificación IOSA de Satena). En todos estos casos los condicionamientos propuestos por la Aerocivil imposibilitan la recuperación de Viva.” (Avianca, Sala de Prensa, 2023)

La resolución 873 de 2023 entró a resolver la disputa en segunda instancia. Sin embargo, la Secretaría de Autoridad Aeronáutica de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil tuvo que lidiar con la cantidad de objeciones que presentaron los terceros intervinientes. La mayoría de las modificaciones hechas en segunda instancia buscaban aclarar las dudas de las partes intervinientes, pero no tuvieron un cambio de fondo.

El principal punto de controversia volvió a centrarse en la cantidad de *slots* en el aeropuerto El Dorado que AVIANCA y VIVA AIR debían ceder como parte del condicionamiento impuesto. Las empresas intervinientes argumentaron que la modificación introducida por la Aerocivil hacía inviable la sostenibilidad operativa de VIVA AIR, al privarla de acceso a franjas horarias de alta demanda. Sin embargo, la Secretaría, al responder a esta objeción, no consideró los perjuicios que esto podría representar para la viabilidad del ente integrado, y señaló expresamente lo siguiente:

“Sobre este tema, la Resolución 00815 del 25 de abril de 2023 señaló que la Dirección no se encuentra adelantando un procedimiento de salvamento de empresas, sino evaluando una integración empresarial que conlleva un conjunto de cargas bajo condicionamientos que garanticen la libre competencia en el sector aeronáutico y

permitan a los consumidores gozar de una oferta de servicios aéreos en competencia, como dan cuenta de ello los condicionamientos impuestos.

Es necesario tener en cuenta que la misión de un condicionamiento es abordar los efectos anticompetitivos derivados de la OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN y no problemas estructurales de la operación aérea, el fin de este condicionamiento es remediar los problemas de concentración de slots por parte del ente integrado, motivo por el cual la Secretaría considera necesario mantener un condicionamiento en este sentido.” (Secretaría de Autoridad Aeronáutica de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, resolución 873 de 2023, pp. 125)

Sobre el análisis de este punto se volverá más adelante, pero la Secretaría deja en claro que el motivo único de los condicionamientos es reducir la concentración del mercado, no garantizar la eficiencia del ente integrado. Posterior a establecer estos motivos, la Secretaría procede a modificar el condicionamiento de los slots, con el propósito de hacer una distribución más estructural. La Secretaría compara el nuevo condicionamiento de la siguiente manera:

“Adicionalmente, se tiene que: (1) la devolución de slots del condicionamiento señalado por la Dirección consiste en 7.838 slots, (2) la propuesta de las EMPRESAS INTERVINIENTES corresponde a la devolución de 11.235 slots y (3) el condicionamiento que aplicará esta Secretaría corresponde a un total 11.617 slots (...)” (Secretaría de Autoridad Aeronáutica de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ibidem, pp. 136)

Esta decisión representó el golpe final que llevó a AVIANCA a desistir del proceso de integración. El nuevo condicionamiento impuesto por la Secretaría consistía en otorgar a las empresas intervinientes slots en franjas horarias de menor demanda, mientras aumentaba significativamente la exigencia de cesión de slots en los horarios *prime*, con el fin de atender las objeciones presentadas por los terceros intervinientes. Ante este escenario, AVIANCA emitió un comunicado de prensa en el que afirmó que, dadas las nuevas condiciones, la integración se había tornado inviable:

“Avianca reiteró de manera consistente durante meses su convicción de que la integración era la mejor solución para responder a la crisis financiera de Viva, y para

proteger a los consumidores, a los empleados y la conectividad aérea. Sin embargo, luego de estudiar en detalle la resolución 873 de 2023 de la Aerocivil y constatar que los condicionamientos de la Aerocivil imposibilitan la recuperación de Viva y podrían incluso afectar la estabilidad de Avianca, lamentablemente la Compañía se vio obligada a desistir de la integración.” (Avianca, Sala de Prensa, 2023)

En ese contexto, VIVA AIR se vio forzada a cesar sus operaciones en el mercado colombiano en junio de 2023 y a iniciar un proceso de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades.

6. Análisis del caso concreto a partir del estándar del bienestar total

Ahora bien, es fundamental evaluar si las decisiones adoptadas por la Aeronáutica Civil resultaron apropiadas para resolver el caso de integración entre AVIANCA y VIVA AIR. Como se expuso previamente en este trabajo, el estándar del bienestar total guarda coherencia con los fines del ordenamiento jurídico colombiano, y su aplicación puede traducirse en beneficios concretos para la comunidad. Por lo tanto, se evaluarán ciertas decisiones adoptadas por parte de la autoridad de competencia bajo este enfoque.

En este apartado no se abordará el proceso relacionado con la transacción previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Sobre ese punto, no cabe duda de que la SIC actuó correctamente al concluir que no se cumplió con el deber de notificar la operación. Desde la introducción de este trabajo se ha sostenido que el concepto de control empresarial no debe restringirse a una figura jurídica específica, sino entenderse como la capacidad real de incidir en las decisiones estratégicas y la competitividad de una empresa.

A continuación, se analizarán las tres resoluciones previamente mencionadas con el fin de demostrar que, si bien la Aerocivil abordó adecuadamente algunos elementos del caso, persisten vacíos argumentativos significativos. Estos vacíos parecen derivarse de las limitaciones propias del enfoque adoptado por la autoridad, centrado principalmente en la protección frente a la concentración del mercado. Esta línea de actuación sugiere que dicha preocupación fue el eje central del análisis, posiblemente en detrimento de una evaluación más integral basada en el estándar del bienestar total.

6.1. Sobre los criterios de la empresa en crisis bajo el bienestar total

La primera resolución de la Aerocivil, esta es la N° 2473 de 2022, consideró que no fue acreditado ninguno de los criterios para constituir la excepción de empresa en crisis. A pesar de que esta resolución perdiera efecto en el trámite, de todos modos, nos muestra bastante sobre la forma de razonar de la Aerocivil frente a cuestiones de competencia.

El argumento central para desestimar el cumplimiento del primer criterio, esto es, que VIVA AIR se encontraba efectivamente en una crisis que justificaba su salida inminente del mercado, se fundamentó en que las razones esgrimidas por las partes intervinientes se centraron en variables macroeconómicas que afectaron al sector en su conjunto.

Si bien la Aerocivil acertadamente plantea la pregunta sobre por qué la situación de VIVA AIR sería distinta a la de otras aerolíneas sometidas a las mismas condiciones, parece haber subestimado el impacto diferenciado que dichas variables pueden tener según las características particulares de cada empresa. No todas las aerolíneas presentan la misma sensibilidad ante choques macroeconómicos, ya que factores como el modelo de negocio, el nivel de apalancamiento financiero, la estructura de costos o su capacidad de adaptación pueden hacer que los efectos de dichas fluctuaciones sean significativamente distintos entre una empresa y otra.

La crítica que puede dirigirse a la actuación de la Aerocivil no radica en su ejercicio de valoración probatoria, el cual, en principio, fue acertado al señalar la falta de estudios económicos independientes que acreditaran la singularidad de la situación de VIVA AIR o señalar errores en la revisoría fiscal, sino en la naturaleza de los argumentos desarrollados a lo largo de su decisión. La autoridad omite considerar de forma integral los perjuicios concretos y acumulativos que enfrentaba la empresa y procede a establecer superficialmente en grado de igualdad el caso de VIVA AIR con el de otras aerolíneas.

A pesar de que el flujo de caja de VIVA AIR presentaba una tendencia bastante preocupante y se le presentó a la Aerocivil los estados financieros de la empresa, esta se limitó a esclarecer que:

“La industria aeronáutica colombiana contiene varios ejemplos exitosos de recuperaciones de empresas en crisis como LATAM, EASYFLY, AVIANCA y el mismo FAST COLOMBIA que demuestran que las crisis pueden ser superadas y que existen mecanismos de reorganización, financiación e inyección de capital con inversionistas”
(Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Resolución 2473 de 2022)

El análisis de daños operativos de VIVA AIR parece ser muy corto. Es cierto que la misma Aerocivil establece que las partes intervinientes tienen el deber de demostrar la excepción de empresa en crisis, pero suponiendo que es esta autoridad administrativa la que debería preocuparse por el bienestar o el daño que podría generar en la comunidad, debería existir un esfuerzo más completo para concluir que las recientes pérdidas de la empresa no son un riesgo para la comunidad.

Por ejemplo, es cierto que la FTC y el Departamento de Justicia de EE.UU son claros en establecer que la mera pérdida de ingresos no es motivo suficiente para declarar la excepción de empresa en crisis. No obstante, establece cierto análisis que las agencias de competencia deberían tener en cuenta al momento de evidenciar que ciertos flujos de caja pueden estar teniendo resultados negativos:

“Las Agencias normalmente no dan crédito a las afirmaciones de que los activos de una división saldrán del mercado relevante en un futuro próximo, a menos que: (1) al aplicar reglas de asignación de costos que reflejen los costos económicos reales, la división presente un flujo de caja negativo persistente en términos operativos, y dicho flujo de caja negativo no esté justificado económicamente para la empresa por beneficios como el aumento de las ventas en mercados complementarios o una mayor reputación de los clientes (...)” (Federal Trade Commission, Merger Guidelines 2023, pp. 31)

Dicha consideración de costos o evaluación de si los ingresos y planes de VIVA AIR a futuro podrían justificar o mitigar el impacto en el flujo de caja no se tuvo en cuenta. La relación que

tiene este punto con el estándar del bienestar total recae en el hecho de que la Aerocivil no tiene en cuenta qué tipos de daños en la eficiencia de la empresa se están provocando y si la no integración de los intervinientes podría empeorar esta situación. En ese sentido, parece que se aborda superficialmente este criterio con el propósito de proteger a las empresas rivales del mercado.

Esta misma crítica adquiere mayor relevancia al analizar la Resolución 518 de 2023, en la que la Aerocivil finalmente aprueba la excepción de empresa en crisis. Llama la atención que, en esta segunda oportunidad, no se allegó prueba sustancialmente diferente a la del trámite anterior que acreditara la inviabilidad del negocio, más allá del hecho reciente de que VIVA AIR suspendió sus operaciones en febrero de ese mismo año. Esto revela que la Aerocivil hace una aproximación superficial al análisis de la crisis empresarial. La decisión parece fundamentarse más en la evidencia visible de una crisis (la suspensión de operaciones) que en una evaluación técnica profunda sobre la sostenibilidad económica de la empresa y su situación estructural.

Varias jurisdicciones en derecho comparado resaltan la importancia de hacer una correcta evaluación financiera de la supuesta crisis de una empresa a partir de parámetros técnicos por parte de la autoridad encargada, más allá de hechos visibles. Por ejemplo, de acuerdo con *The Canadian Bureau of Competition Policy Merger Enforcement Guidelines 1991*, elaborado por la agencia en materia de competencia de Canadá, es indispensable por parte de la autoridad administrativa considerar si en el plazo de 6 meses la empresa es probable de ser insolvente.

“Se considera que existe insolvencia técnica cuando los pasivos superan el valor realizable de los activos, o cuando una empresa no puede pagar sus pasivos a su vencimiento. Para determinar si la insolvencia indica una probable crisis, se evalúan las perspectivas de la empresa de obtener nuevo capital, obtener fondos (mediante la venta de activos que no son esenciales para la viabilidad continua en su nivel actual de operaciones o mediante la afectación de activos esenciales) y otros asuntos relevantes. En general, cuanto mayor sea el plazo transcurrido entre la evaluación de la Agencia y el momento en que es probable que se produzca la quiebra, mayor será la probabilidad de que se pueda presentar una defensa exitosa.” (Bureau of Competition Policy [BCP], 1991)

La necesidad de realizar un esfuerzo técnico riguroso radica en que la variable de temporalidad puede agravar significativamente la situación de la empresa en crisis. A medida que transcurre el tiempo sin una decisión efectiva, aumentan las probabilidades de que la empresa adquirente desista de la integración, al no estar dispuesta a asumir costos que resulten desproporcionados frente a los beneficios esperados. Asimismo, la falta de una evaluación oportuna y técnica puede llevar a que la autoridad imponga condicionamientos que, en el momento de ser aplicados, ya no respondan a la realidad económica de la empresa, volviéndolos ineficaces o incluso contraproducentes.

Aunque los estados financieros de VIVA AIR no fueron divulgados en la resolución de la Aerocivil, resulta llamativo que se haya otorgado tan poca relevancia al análisis de los pasivos de la empresa. Como se ha señalado previamente, la experiencia del derecho comparado sugiere que la autoridad debe evaluar la probabilidad de un cese de operaciones que se pueda dar en los próximos seis meses para considerar que una empresa está en crisis. En el caso de VIVA AIR, la resolución fue emitida en noviembre de 2022, y apenas tres meses después, la aerolínea se vio obligada a suspender operaciones. Esta proximidad temporal entre la decisión de la Aerocivil y el colapso de la empresa hace difícil justificar que tal desenlace no pudiera haber sido anticipado mediante una evaluación financiera diligente. La falta de este análisis proyectivo representa una omisión significativa en el tratamiento del caso.

El segundo error en la argumentación de la Aerocivil para desacreditar la excepción de empresa en crisis se encuentra en la evaluación del tercer criterio. En su primera resolución, la entidad concluye que no se demostró que la salida de VIVA AIR del mercado generaría efectos perjudiciales, bajo el argumento de que sus activos, refiriéndose exclusivamente a los slots, permanecerían disponibles y serían reasignados a otros competidores, evitando así una pérdida de capacidad en el mercado. Sin embargo, este análisis resulta superficial, por dos razones particulares que se procederán a explicar.

En primer lugar, se limita considerar cómo activos sólo los slots que tiene VIVA AIR, pero no hace ninguna valoración de otros activos que pueden abandonar el mercado cómo lo son las aeronaves o los servicios particulares que puede prestar la empresa, incluso los empleos directos. La Aerocivil reprocha a las partes intervinientes que sus afirmaciones sobre los efectos negativos de la salida de VIVA AIR carecen de respaldo técnico y se basan únicamente en afirmaciones discursivas. No obstante, esta omisión por parte de las empresas no exime a la

autoridad de competencia de valorar de manera autónoma los impactos que, aunque no cuantificados en un informe formal, guardan una relación directa con la eficiencia del mercado aéreo.

Resulta evidente que, aún sin cifras exactas, VIVA AIR contaba con activos operativos significativos y una capacidad instalada que la posicionaban como la tercera aerolínea en el mercado doméstico. Su salida implicó una reducción sustancial en la oferta de rutas y frecuencias, así como la pérdida de empleos, lo que afecta de manera tangible el bienestar colectivo. Este hecho subraya, una vez más, la ausencia de un análisis riguroso de consecuencias por parte de la Aerocivil, que recurrió a presunciones formales en lugar de una evaluación sustantiva de los efectos económicos de la operación.

La segunda suposición problemática en la argumentación de la Aerocivil radica en que omite criterios de eficiencia al concluir que las demás aerolíneas presentes en el mercado podrían sustituir sin mayor dificultad a VIVA AIR. Aunque se menciona que algunas compañías tienen planes de expansión, no se profundiza en si esa nueva cobertura realmente igualaría, en términos de capacidad y frecuencia, la operación que prestaba VIVA AIR. La Aerocivil no analiza si dichas aerolíneas estarían en condiciones de operar las mismas rutas con igual o mayor eficiencia, ni si su despliegue sería inmediato o gradual, lo que afecta directamente la continuidad del servicio y el bienestar del consumidor. Esta falta de evaluación técnica refuerza la impresión de que la autoridad se centró más en preservar la estructura del mercado y proteger a los competidores establecidos, en lugar de priorizar la eficiencia dinámica del sector o los beneficios para los usuarios finales.

En conclusión, aunque la Aerocivil haya adoptado decisiones diferentes en los dos trámites que conformaron el proceso de integración, persisten deficiencias relevantes en la justificación de sus resoluciones. Varias de sus valoraciones, especialmente aquellas relacionadas con los efectos de la crisis empresarial y las implicaciones para el mercado, fueron abordadas de forma superficial, lo que pudo haber generado perjuicios tanto para la empresa en crisis como para los consumidores.

Frente a ello, el estándar del bienestar total ofrece un enfoque más integral, al considerar las consecuencias económicas reales de las decisiones regulatorias y al incorporar un análisis

riguroso de eficiencias. Aplicar dicho estándar podría conducir a decisiones más precisas y equilibradas, orientadas a proteger no solo la estructura del mercado, sino también su funcionamiento eficiente y el bienestar general de la sociedad.

6.2. Sobre los condicionamientos de los slots

El factor determinante para que AVIANCA desistiera de la integración es probablemente el condicionamiento establecido para la devolución de slots. Es necesario recordar que AVIANCA había propuesto la devolución, pero con una repartición distinta. La repartición original por parte de AVIANCA y VIVA AIR contaba de una devolución promedio diaria de 50,7 slots en salida y 37,7 en llegada para la temporada Summer 23 y una devolución promedio diaria de 73,3 slots en salida y 57,6 en llegada para la temporada Winter 23. La misma Aerocivil reconoce que es una cesión amplia al decir que:

“Luego de evaluarla, si bien la propuesta de condicionamiento B incluye un número mucho más amplio que la propuesta A que en algunos casos permite liberar slots en ciertas franjas, esta no remedia la concentración resultante en aquellas franjas que han sido identificadas por no tener oferta de slots o tener una oferta muy limitada y que generalmente tienen una demanda alta de todos los jugadores del mercado”

La Aerocivil concluyó que existía una alta concentración de slots en las franjas horarias más demandadas, situación que, según los terceros intervinientes, generaba un escenario inequitativo en el mercado. Sin embargo, surge la pregunta de si, incluso con la salida de VIVA AIR, AVIANCA no habría terminado recibiendo igualmente una proporción significativa de estos slots, perpetuando así la concentración. En este contexto, parece que la Aerocivil aprovechó la coyuntura para llevar a cabo una redistribución general de los slots, con el objetivo de garantizar una mayor equidad entre todos los competidores en los horarios de mayor demanda. No obstante, esta decisión no consideró adecuadamente el impacto que dicha redistribución tendría sobre la viabilidad operativa de la integración entre AVIANCA y VIVA AIR. En efecto, más que un condicionamiento específico vinculado a la operación, esta medida se asemeja a una regulación indirecta del acceso a los slots en los horarios más codiciados del mercado.

Ante esta situación, la Aerocivil es clara en explicar que no es de su interés si la operación del ente integrado se ejecuta de manera eficiente, porque su prioridad es mantener la competitividad del mercado. Así lo manifestó en la resolución dónde confirma los condicionamientos impuestos:

“Es necesario tener en cuenta que la misión de un condicionamiento es abordar los efectos anticompetitivos derivados de la OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN y no problemas estructurales de la operación aérea (...)” (ibidem)

Ahora, hay dudas razonables de la conveniencia económica de haber preferido la desaparición de VIVA AIR por encima de flexibilizar el condicionamiento de los slots, pero también es pertinente observar si el análisis jurídico para esa rigurosidad era necesario. El artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 establece que los condicionamientos deben cumplir con un requisito de idoneidad, esto es, que dicho condicionamiento lleve al fin último que es mitigar el impacto en la competencia. La ley establece que el objetivo debe ser *“la preservación efectiva de la competencia”*.

La principal duda frente a la propuesta presentada por VIVA AIR y AVIANCA radica en si la devolución de slots planteada por las partes no permitía realmente que las empresas rivales compitieran en condiciones efectivas, y si la salida de VIVA AIR del mercado hubiese generado una competencia más robusta en comparación. Si bien es cierto que la propuesta no reducía la concentración en las franjas horarias de mayor demanda, sí introducía nuevos parámetros de competencia.

La Aerocivil reconoce que AVIANCA y VIVA AIR se comprometieron a devolver una cantidad significativa de slots, aunque no necesariamente en los horarios más codiciados. No obstante, esto no implica que las aerolíneas competidoras carecieran de capacidad para aprovechar estos espacios. Muchas de ellas podrían competir eficazmente en franjas horarias distintas, apelando a segmentos de pasajeros menos sensibles al horario y más receptivos a otros factores competitivos, como el precio o la calidad del servicio. Por lo tanto, la propuesta de las partes intervinientes no debe descartarse automáticamente por no atacar la concentración en las "peak hours", ya que ofrecía alternativas viables para dinamizar la competencia bajo otras lógicas del mercado.

Por otro lado, teniendo en cuenta que VIVA AIR tenía un mercado establecido y un número de frecuencias que hacía que el negocio fuera sostenible en el tiempo, una reducción absurda de los slots llevaba a una reducción de los viajes que tiene VIVA AIR, lo que podría estropear la eficiencia del mercado. Al final de cuentas, la cantidad de slots que necesitaba la aerolínea para mantener funcional el negocio requería de 18 slots de ida y de vuelta, así mismo lo presenta la resolución:

Las EMPRESAS INTERVINIENTES proponen que VIVA devuelva todos los slots de los que dispone, reservándose únicamente los estrictamente necesarios para operar 5 aviones basados en Bogotá, que corresponde al mínimo de aviones necesarios para hacer de Viva una aerolínea viable financiera, operativa y comercialmente. Esto significa que Viva conserve 18 pares de slots diarios en la temporada Summer 23 (18 de salida y 18 de llegada) y 18 pares de slots diarios en la temporada Winter 22 (18 de salida y 18 de llegada)

La Aerocivil reconoce la devolución de una cantidad significativa de slots por parte de las empresas intervinientes en su solicitud de integración; sin embargo, en lugar de justificar por qué dicha cantidad sería insuficiente para operar de forma óptima, se limita a afirmar que no le corresponde evaluar si la empresa podrá funcionar con eficiencia. Esta postura resulta problemática, ya que parece desatender al menos dos de los objetivos fundamentales de la Ley 1340 de 2009: no solo el de proteger la libre competencia, sino también el de promover beneficios para los consumidores y garantizar la eficiencia económica del mercado.

Desde la perspectiva del estándar de bienestar total, reducir la concentración de mercado no constituye un fin en sí mismo. Esta reducción sólo se justifica en la medida en que contribuya a una prestación más eficiente de los servicios, genere ahorros en los costos y, en consecuencia, aumente el excedente social. Por tanto, una política de competencia centrada exclusivamente en limitar la participación de mercado, sin valorar sus efectos sobre la eficiencia y el bienestar de los consumidores, puede terminar siendo contraproducente para los objetivos del régimen de libre competencia.

7. Conclusiones

De acuerdo con el análisis anterior, el régimen colombiano de derecho de la competencia ha centrado sus esfuerzos en combatir la concentración de mercado como principal criterio al evaluar integraciones empresariales. Si bien este enfoque ha permitido proteger al consumidor frente a escenarios de alto riesgo, en casos complejos como el de AVIANCA y VIVA AIR, se hace evidente la necesidad de introducir nuevos parámetros de análisis que permitan valorar de manera más integral las consecuencias para las empresas y los consumidores.

El estándar del bienestar total, aunque no exento de críticas —particularmente por parte de corrientes como el Nuevo Brandeisianismo—, ofrece principios útiles y una base de análisis económico rigurosa. Esta rigurosidad puede contribuir a que las autoridades administrativas adopten decisiones más justas y ajustadas a las particularidades de cada caso, considerando no solo la estructura del mercado, sino también los efectos reales sobre la eficiencia y el bienestar general.

El ordenamiento jurídico colombiano brinda a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Aerocivil la posibilidad de adoptar enfoques más amplios en el análisis de integraciones empresariales. La propia Constitución reconoce valores que van más allá de la simple preservación de la competencia, como la eficiencia económica y el bienestar colectivo. Por ello, una reflexión crítica sobre los parámetros actualmente utilizados por las autoridades en materia de competencia es fundamental para avanzar hacia una doctrina más dinámica, contextual y alineada con los intereses de la sociedad.

Bibliografía

Arboleda Suárez, C. I. (2019). La excepción de empresa en crisis. *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*, (Extra 1), 109–130

- Bork, R. H. (1978). *The antitrust paradox: A policy at war with itself*. Free Press.
- Bureau of Competition Policy. (1991). *Merger enforcement guidelines*. Canadian Government Publishing Centre.
- Congreso de Colombia. (2009). *Ley 1340 de 2009*. Por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Diario Oficial No. 47.411. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37238>
- Congreso de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Diario Oficial No. 44.601.
- Congreso de Colombia. (2006). *Ley 1116 de 2006: Por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 46.494.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-228 de 2010*
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia C-032 de 2017*:
- Cooter, R. D., & Ulen, T. (2012). *Derecho y economía* (5.^a ed., traducción de M. E. Sánchez). Pearson Educación.
- Crane, D. (2010). The economics of antitrust enforcement. *Antitrust Law and Economics*. Encyclopedia of law and economics.
- Dertwinkel-Kalt, M., & Wey, C. (2015). Merger remedies in oligopoly under a consumer welfare standard. *DICE Discussion Paper No. 187*. Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE)
- Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice. (2023). *Merger guidelines*. https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023mergerguidelines.pdf
- Flores Acosta, J., Gómez Portilla, K (2022). La importancia del análisis económico para el ejercicio del derecho de la competencia. *Derecho de la Competencia ACDC*. Legis.

- Frederick, D. (2021). *Revisiting antitrust: A modern perspective*. The Economics Review. <https://www.economicsreview.org/post/revisiting-antitrust-a-modern-perspective>
- General Electric. (2015, 2 de noviembre). *GE completa la adquisición de los negocios de energía y redes de Alstom*. <https://www.ge.com/news/press-releases/ge-completes-acquisition-alstom-power-and-grid-businesses>
- Glick, M. (2018). *The unsound theory behind the consumer (and total) welfare goal in antitrust*. *Antitrust Bulletin*, 63(3), 455–492
- Hernández, D. L. (2014). Excepción de empresa en crisis. Ideas generales sobre la regulación de la figura en el derecho comparado y su aplicación en Colombia. *Revista E-Mercatoria*, 13(1), 73–90.
- Kaplow, L. (2011). *On the choice of welfare standards in competition law* (Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 693). Harvard Law School.
- Kirkwood, J. B. (2004). Consumers, economics, and antitrust. En J. B. Kirkwood (Ed.), *Antitrust law and economics* (Vol. 21, pp. 1–62). Emerald Group Publishing Limited.
- Khan, L. M. (2018). *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3), 131–132.
- Lynn, B. C. (2010). *Cornered: The new monopoly capitalism and the economics of destruction*. John Wiley & Sons.
- Motta, M. (2004). *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge University Press.
- OECD. (2023). *Consumer welfare standards: Advantages and disadvantages compared to alternative standards* (OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 295). OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/3d174fdf-en>

OECD. (2012). *Remedies in merger cases: Key findings, summary and notes* (OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 125). OECD Publishing.

Phillips Sawyer, L. (2019) "*U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective.*" Harvard Business School Working Paper

Presidencia de la República de Colombia. (1992). Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 40.658.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8047>

Quintero Ríos, D. F. (2021). *La aplicación pública del derecho de la competencia en las escuelas de Chicago y de Harvard. Evolución y aplicación en Colombia.* Revista de Derecho Privado, (42), 293–331

Serrano Pinilla, F., Garcia de Brigard, A., Cardona Baquero, D. (2022) El control de las integraciones empresariales en Colombia. Derecho de la Competencia ACDC. Legis.

Stiglitz, J. E. (2012). *El precio de la desigualdad: El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita* (A. Pradera Sánchez, Trad.). Taurus.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2006). *Resolución 13544 de 26 de mayo de 2006: Condiciona la integración empresarial entre Cementos Andino S.A. y Concrecem S.A.*

Superintendencia de Industria y Comercio. (2018). Guía de integraciones empresariales. Recuperado de <https://www.sic.gov.co/content/gu%C3%ADa-de-integraciones-empresariales>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). *Resolución 53403 de 3 de septiembre de 2013: Sanción a COMCEL S.A. por abuso de posición dominante y obstrucción de la portabilidad numérica.*

Superintendencia de Industria y Comercio. (2014). Resolución 32184 de 2014. Recuperado de <https://sedeelectronica.sic.gov.co/transparencia/normativa/resolucion-32184-de-19-de-mayo-de-2014-recurso-de-reposicion-eeb-isagen>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2014). *Resolución 56738 de 24 de septiembre de 2014: Sanción a SONDA QUINTEC.*

Superintendencia de Industria y Comercio. (2014). *Resolución 54416 de 12 de septiembre de 2014: Condiciona operación entre Almacenes Éxito S.A. y Comercializadora Giraldo y Gómez & Cía S.A. (Súper Inter).*

Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). *Concepto No. 60790 de 2015: Interpretación sobre prácticas restrictivas de la competencia.*

Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). *Resolución 10930 de 2015: Modificación del régimen de información de integraciones empresariales.*

Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). *Resolución 81391 de 11 de diciembre de 2017: Sanción por cartelización en el mercado del cemento.*

Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. (2022). *Resolución 2473 de 4 de noviembre de 2022: Por la cual se objeta la operación de integración empresarial entre Avianca y Viva Air.*

Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. (2023). *Resolución 518 de 21 de marzo de 2023: Por la cual se autoriza la operación de integración entre Avianca, Viva Air y Viva Airlines Perú, sujeta a condicionamientos.*

Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. (2023). *Resolución 873 de 5 de mayo de 2023: Por la cual se resuelven unos recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución 518 del 21 de marzo de 2023*

Varian, H. R. (2010). *Microeconomía intermedia: Un enfoque actual* (8.ª ed., traducción de J. L. Ferreira). Antoni Bosch Editor.

Viscusi, W. K., Harrington, J. E., Jr., & Sappington, D. E. M. (2018). *Economics of regulation and antitrust* (5^a ed.). The MIT Press