

# GUÍA DE ANÁLISIS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

## (HORIZONTALES, VERTICALES Y CONGLOMERADOS)

### 1. INTRODUCCIÓN

2. El presente documento tiene por objeto dar a conocer los criterios de análisis utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio para el estudio de las solicitudes de operación de integración económica, con el propósito de determinar si se produce una indebida restricción a la libre competencia, en los términos de la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 35006 de 2009, la Resolución No. 52778 de 2011 y las normas que la reglamentan.

3. Una integración horizontal, definida como aquella operación realizada entre empresas ubicadas en el mismo eslabón de la cadena de producción y/o distribución conduce a que desaparezca un competidor del mercado, circunstancia que dependiendo de las condiciones de éste último, podría llevar a que las empresas adquieran la capacidad de determinar de manera independiente, o con sus inmediatos competidores, las condiciones de oferta, precios, condiciones de comercialización y demás factores competitivos.

4. En el caso de las integraciones verticales, definidas como la integración realizada entre empresas ubicadas en diferentes segmentos de producción y/o distribución pero en la misma cadena de valor, si bien, no necesariamente reducen la competencia, podrían generar restricciones o limitaciones de oferta hacia arriba o hacia abajo de la respectiva cadena.

5. Normalmente, la SIC desarrolla el análisis de las operaciones de concentración en las siguientes etapas: i. Definición del Mercado Relevante desde el ámbito de producto y geográfico, ii. Análisis de las características del mercado

relevante definido: concentración y barreras a la entrada, iii. Análisis de los potenciales efectos de ser efectiva la operación y iv. Estudio de las eficiencias que contrapesen dichos riesgos<sup>1</sup>.

6. Mediante los análisis efectuados a una operación de integración, la SIC propenderá por la protección de la libre competencia de los mercados afectados y, ante todo, buscará salvaguardar los intereses de los consumidores.

7. Dependiendo del tipo de operación a analizar, la SIC enfatizará el estudio en determinadas áreas, como la producción, distribución o comercialización, la competencia efectiva en el mercado específico, las barreras a la entrada a potenciales competidores, etc. En esta Guía se señalan las diversas fases del análisis que varían dependiendo de la complejidad de la operación que se plantee. Así, aquellas integraciones que desde la fase de pre-evaluación permitan inferir razonablemente que tendrán incidencia significativa sobre la competencia, requerirán del análisis de todas las etapas mencionadas anteriormente y contar con mayores fuentes de información que permitan el análisis.

8. Dadas las particularidades de cada mercado, esta Guía no tiene el objetivo de resolver todas aquellas cuestiones que se presenten en todos los mercados, ni de realizar afirmaciones absolutas sobre la interpretación de las normas aplicables. El análisis específico en cada caso dependerá del mercado correspondiente, el tipo de bien o servicio y la información que sea aportada por las intervinientes y los terceros requeridos por la SIC.

### 9. NORMATIVIDAD APLICABLE

10. El procedimiento aplicable es señalado mediante la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 35006 de 2009 modificada por la Resolución No. 52778 de 2011 y demás normas

---

<sup>1</sup> En los casos de integraciones horizontales entre empresas con productos altamente heterogéneos o diferenciados, la SIC no definirá mercados relevantes.

concordantes, las cuales modificaron el capítulo segundo del título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, impartiendo instrucciones sobre la manera en que se debe dar cumplimiento a la obligación de informar las operaciones de integración empresarial. Asimismo, en este documento se fijarán los criterios para facilitar su cumplimiento, señalando el procedimiento para su cabal aplicación.

## 11. DEFINICIONES

**12.** Para efectos de esta Guía se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

**13. Adquisición de control:** En los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se define el control como:

*“(...) 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.”*

**14.** El ejercicio del control puede ser de manera directa o indirecta o incluso puede existir un control conjunto ejercido por dos o más empresas sobre otra en el mercado.

**15. Año fiscal:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, el año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año.

**16. Barreras a la entrada:** Existen varias definiciones sobre lo que son las barreras a la entrada de un mercado. Por un lado, han sido definidas como el grado en el cual, en el largo plazo, las empresas establecidas en un mercado pueden elevar sus precios por encima de los costos promedio mínimos de

producción y distribución, sin inducir la entrada de nuevas empresas<sup>2</sup>.

**17.** Asimismo, se pueden entender como los factores que impiden que la entrada de nuevas empresas a un mercado determinado sea lucrativa, mientras que permiten que las empresas ya establecidas fijen precios superiores a su costo marginal y, por lo tanto, obtengan persistentemente ganancias monopólicas<sup>3</sup>. Las barreras a la entrada también han sido definidas como los costos de producción adicionales que debe soportar una empresa que busca entrar en un mercado y que no son soportados por las empresas que ya están establecidas en él<sup>4</sup>. Las distintas definiciones hacen que se puedan tener opiniones diferentes con respecto a un tipo específico de barreras de entrada y/o a pasar por alto algunas clases de barreras de entrada<sup>5</sup>.

**18.** En razón de lo anterior, esta Entidad se abstiene de limitarse a una definición de barrera de entrada en particular y analizará cada operación de integración atendiendo a sus especificidades. No obstante, de manera general puede afirmarse que existen dos grandes grupos de barreras de entrada. Por una parte, se encuentran las barreras de tipo legal y/o reglamentario, entendidas como aquellas que imponen los poderes públicos y por la otra, las barreras inherentes al mercado, como son entre otras los costos hundidos, inversiones de capital o economías de escala.

**19. Cadena de valor:** En los términos de la Resolución 35006 de 2010, se define como:

*“(...) conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una*

<sup>2</sup> BAIN, Joe. *Industrial Organization*, Nueva York: Wiley and Sons, 1968. P. 252.

<sup>3</sup> FERGUSON, James M., *Advertising and Competition: Theory, Measurement, Fact*, Cambridge: Ballinger, 1974.

<sup>4</sup> STIGLER, George. *The Organization of Industry*, Homewood: Richard D. Irwin, 1968.

<sup>5</sup> DEMSETZ, Harold. Barriers to Entry, *The American Economic Review*, Vol.72, No. 1 (Mar., 1985), P45-57.

*actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.”*

**20. Cuota de mercado:** Es una medida del tamaño relativo de una empresa en un mercado relevante determinado. La variable sobre la que se efectúa dicho cálculo puede variar dependiendo del mercado correspondiente y la actividad principal desarrollada por las empresas. Las variables generalmente utilizadas corresponden, entre muchas otras, al valor de las ventas, el volumen de las ventas, capacidad de producción, volumen y valor de importaciones.

**21. Empresa:** Entendida bajo los términos del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. La noción jurídica de empresa se establece el artículo 25 del Código de Comercio:

*“Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”*

**22. Forma jurídica de una integración:** Hace referencia a la modalidad de integración. Puede ser una adquisición de acciones, compra de activos, fusión, escisión, creación de una empresa, alianzas empresariales, contratos de franquicia, etc. Sin importar la forma jurídica, se considerará que es una operación sujeta al trámite de información cuando cesa la competencia en, al menos, un mercado donde antes de la operación existe competencia y que luego de la operación las empresas conforman una sola unidad, dejando de competir.

**23. Grupo Empresarial:** Definido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, se presenta cuando entre una sociedad matriz y sus subordinadas y/o filiales existe un vínculo de subordinación y una unidad de

propósito y dirección, debiendo realizarse el respectivo registro en el registro mercantil. Hay unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persiguen la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ésta ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo del objeto social o actividad individual de cada una de las empresas<sup>6</sup>. En todo Grupo Empresarial se infiere el control.

**24. Informar:** Deber previsto en la Ley 1340 de 2009, Resolución No. 35006 de 2009 modificada por la Resolución No. 52778 de 2011 y demás normas concordantes. Las empresas tienen el deber de informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que se proyecten llevar a cabo para efectos de adquirir el control de una o varias empresas, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada. Tal obligación aplica para las empresas que desarrollen la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y que cumplan con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

**25. Notificar:** Deber previsto en la Ley 1340 de 2009, Resolución No. 52778 de 2011 y demás normas concordantes conforme con la cual las empresas que desarrollen la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, que cumplan con los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y que cuenten con menos del 20% del mercado relevante, tan sólo están obligadas a reportar la información a la SIC contenida en las normas mencionadas.

**26. Integración:** Cualquier mecanismo utilizado para adquirir de manera duradera en el tiempo 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

<sup>6</sup> Superintendencia de Sociedades. Resolución 2467 del 18 de septiembre de 1997.

objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior al perfeccionamiento de la misma.

**27. Integración horizontal:** Integración realizada entre empresas que participan en el mismo eslabón de la cadena de valor.

**28. Integración vertical:** Integración realizada entre empresas ubicadas en diferente eslabón de producción y/o distribución pero en la misma cadena de valor.

**29. Intervinientes:** En los términos de la Resolución No. 35006 de 2009, deben entenderse como empresas intervinientes:

*“(...) aquellas que proyectan realizar una operación de integración y ejercen una actividad económica que pueda tener efectos en el territorio nacional.”*

**30. Mercado Relevante:** Mercado en el cual participan las empresas que proyectan llevar a cabo una operación de integración. Está compuesto por el mercado producto y el mercado geográfico.

**31. Sustituibilidad:** Medida del grado en que los productos son considerados intercambiables por el consumidor o usuario, porque presentan características similares, la misma finalidad y tienen precios similares.

**32.** La sustituibilidad, desde el punto de vista de la demanda (consumidor), determina los productos o servicios sustitutos que generan una presión competitiva hacia una empresa respecto de un bien determinado, disminuyendo el efecto restrictivo de una integración.

**33.** Así mismo, la sustituibilidad desde el punto de la vista de la oferta, es tenida en cuenta al analizar la estructura del mercado relevante con el fin de incluir en el estudio la presión competitiva proveniente de

otros actores en el mercado que están en condiciones de transformar su producción actual, en corto tiempo y con bajos costos, y dirigirla hacia los bienes que hacen parte del mercado relevante, disminuyendo los efectos restrictivos de una integración.

**34. Unidad de empresa:** Se dispone en el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 que para personas jurídicas existe unidad de empresa entre la principal y las filiales y subsidiarias en que aquella predomine económicamente.

## **35. PROCEDIMIENTO**

**36.** Etapas

**37. Fase I. Pre-Evaluación:** Duración 30 días a partir de la radicación inicial, sujeta a que se otorgue el plazo de 10 días previsto en la Ley 1340 de 2009 para el pronunciamiento de los terceros.

**38. Fase II. Evaluación:** Duración 3 meses a partir de la fecha en que se considera completa la información requerida para el análisis.

## **39. UNIDAD DE CONTROL**

**40.** El control se establece desde varias perspectivas. Control en términos legales, control de hecho o de facto, y control conjunto derivado de una integración o de una situación pre existente.

**41.** Desde el punto de vista legal, siempre que una persona someta su poder de decisión a la voluntad de otra persona o personas, existirá la situación de subordinación o control, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 260 de Código de Comercio. Con el fin de determinar los elementos del control, el primer referente es el artículo 261 del Código de Comercio, donde se enuncian algunos de los casos de subordinación, entre ellos se encuentran el control económico, el control administrativo y el control jurídico. Sin embargo, es preciso señalar que el citado artículo no posee carácter taxativo y, por consiguiente, se puede presentar subordinación en cualquier situación que conlleve la subordinación de la voluntad de la sociedad.

**42.** Es pertinente resaltar que, de acuerdo con lo señalado en la ley, la situación de subordinación por sí misma no conlleva la existencia de un Grupo Empresarial, así entonces, tanto las sociedades que se encuentran bajo control como su respectivas controlantes, se encuentran sujetas al régimen de integraciones empresariales.

#### **43. Control en términos legales**

**44.** El control debe entenderse como la capacidad de tomar decisiones y ejercer un control conjunto sobre las empresas. Dicho control podrá ser directo o indirecto<sup>7</sup>. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 habrá Grupo Empresarial cuando, además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección entendida como:

*“(…) cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.”*

#### **45. Control jurídico**

**46.** Otra de las situaciones que conlleva subordinación, se presenta en aquellas oportunidades en las que en ejercicio de un negocio jurídico, sin importar su forma, celebrado entre las empresas, se faculta a la controlante para impartir al órgano de administración de la controlada, una serie de instrucciones que deben ser acatadas. Esta situación es conocida como el control jurídico.

#### **47. Control de facto**

---

<sup>7</sup> Código de Comercio. Artículo 261, Numeral 3, Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

**48.** Como ya se indicó, el control ha sido definido en nuestra ley, como 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<sup>8</sup>.

**49.** La legislación mercantil incorpora otras situaciones al concepto de control, entre ellas el control de hecho, en el cual existe la posibilidad de que una sociedad tenga su poder de decisión sometido a la voluntad de otra u otras personas que se consideran como las controlantes. En esta situación, la controlante no tiene como objetivo la subordinación, sino que el control se produce como efecto de la relación intersocietaria.

#### **50. Control conjunto**

**51.** Por último, otra de las formas de subordinación que se presenta con frecuencia, es el control conjunto. Tal como lo señala el Código de Comercio, el control de una sociedad puede ser realizado por una o varias personas que participan de manera mancomunada en la voluntad de una sociedad mediante una influencia dominante en los órganos sociales de la controlada, esta situación es conocida como control conjunto o asociación para adquirir el control.

#### **52. Excepción del deber de informar**

**53.** Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial estarán exentas del deber de información ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

**54.** Del mismo modo, si a la fecha de la integración empresarial se puede acreditar unidad de control en el mercado respectivo, las empresas estarían exentas del deber de

---

<sup>8</sup> Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

informar. Dicha unidad de control y propósito, en cualquier caso ha de ser reportada a la SIC.

## **55. SUPUESTOS PARA INFORMAR**

**56.** La normatividad se ha referido de manera genérica al término empresa para efectos de denominar de forma general a la gran variedad de sujetos que se encuentran sometidos al régimen de concentraciones empresariales. Sin embargo, los sujetos que se entienden sometidos al régimen de integraciones no son sólo empresas, sino también otros sujetos, como por ejemplo: las sociedades de cualquier tipo legalmente constituidas en Colombia, las sociedades extranjeras que realizan actividades de carácter contractual, o poseen bienes o derechos reales en el territorio colombiano, o participan en sociedades colombianas y actúan en las mismas dentro de los presupuestos legales del control o grupo empresarial. También se entenderán sujetas a la norma aquellas personas naturales que realicen actividades de carácter comercial o mercantil, y las empresas unipersonales.

**57.** Se entenderá que estos sujetos se encuentran cobijados por la norma, en la medida en que las operaciones comerciales deban surtirse en territorio colombiano o sus efectos se materialicen en Colombia. Así las cosas, las empresas que proyecten llevar a cabo una integración empresarial, sin importar la forma jurídica de la misma, deberán informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando cumplan con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009: el supuesto subjetivo y el supuesto objetivo.

### **58. Supuesto subjetivo**

**59.** En primer lugar de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 los sujetos objeto de las disposiciones en materia de protección de la competencia, incluido el control previo de las integraciones son:

*“(...)respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar este desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.”*(Subrayado fuera de texto)

**60.** De acuerdo con lo subrayado anteriormente, una empresa desarrolla una actividad económica en un mercado determinado. Así, el supuesto subjetivo se cumple cuando:

**61.** Realizan la misma actividad, es decir producen o comercializan los mismos bienes, o prestan el mismo tipo de servicio, es decir se encuentran ubicadas en el mismo mercado relevante, ó

**62.** Participan de la misma cadena de valor<sup>9</sup>.

**63.** Por otro lado, cuando las empresas intervinientes conforman un conglomerado, el supuesto subjetivo se cumple en la medida en que si bien las intervinientes no participan en el mismo mercado, sus actividades son complementarias o existe una relación cercana entre ellas<sup>10</sup>. Dicha relación conlleva a que, como resultado de la operación, los mercados en los que participa el conglomerado pueden ver alterada su competencia. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos este tipo de integraciones no implica problemas de competencia, en algunos casos sí pueden generar efectos anticompetitivos que deben ser analizados.

**64.** Así las cosas, para verificar que cumplen con el supuesto subjetivo las empresas tendrán en cuenta, entre otros elementos, que: (a) deben estar realizando una misma actividad económica, esto es, que

<sup>9</sup> Artículo 9, Ley 1340 de 2009.

<sup>10</sup> Por ejemplo las actividades de las empresas pueden ser complementarias: la caída en el precio del bien producido por una de las empresas, eleva la demanda del bien ofertado por la otra interviniente.

producen o comercializan los mismos bienes, o que prestan el mismo tipo de servicio; (b) si las compañías están ubicadas en una misma cadena de valor, en los términos como se define en esta Guía, es decir si una(s) de ella(s) elabora(n) un insumo productivo o materia prima, utilizado por la(s) otra(s) para elaborar o comercializar el bien final, esto es, unas añaden valor agregado a lo que otras realizan y; (c) si las empresas intervinientes conforman un conglomerado.

#### **65. Supuesto objetivo: Test de activos, ingresos operacionales**

**66.** Las empresas deberán calcular el monto total de los activos y de los ingresos operacionales de todas las compañías que participan en la integración, tomando como base los estados financieros del año inmediatamente anterior al que se presenta la solicitud de pre-evaluación de la integración<sup>11</sup>. Dicho valor se compara con el monto, en salarios mínimos mensuales legales vigentes, establecido anualmente por esta Entidad. Si los activos o ingresos operacionales son mayores a dicho monto, se debe informar dicha operación.

#### **67. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE<sup>12</sup>**

**68.** En primer lugar, todo mercado es un conjunto donde se pueden identificar agentes (productores, distribuidores, comercializadores, consumidores, entre otros), productos o servicios y precios. La definición del mercado relevante busca establecer cuál es el conjunto de agentes, productos o servicios y sus precios correspondientes cuya producción, abastecimiento, distribución o consumo debe ser examinado con el objeto de determinar quiénes están sometidos a informar operaciones de integración empresarial, así como los efectos restrictivos o benéficos sobre la competencia que puedan derivarse de la operación de integración. Con el

fin de delimitar el mercado relevante correctamente, éste debe comprender todas las alternativas disponibles para los consumidores de los productos fabricados u ofrecidos por las firmas que se están integrando e incluir aquellas fuentes que las empresas participantes consideran su competencia.

**69.** Una vez las empresas han allegado toda la información que se considera necesaria para efectuar el análisis, se procede a realizar el estudio económico necesario para la definición del mercado relevante. Sin embargo, como se verá más adelante, no siempre es necesario hacer definiciones del mercado relevante.

**70.** La definición del mercado relevante se realiza desde dos perspectivas:

**71.** La dimensión del producto y la dimensión geográfica, referidos al grupo de productos que los consumidores consideran sustitutos cercanos y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma, pueden influir de manera rentable en el precio, calidad, variedad, servicio, publicidad, innovación y otras condiciones de competencia propias del mercado analizado. El mercado geográfico puede ser local, regional o nacional y se deben incluir tanto los productos de origen nacional como las importaciones.

#### **72. Mercado relevante de producto**

**73.** En primera instancia, se determina el sector donde las empresas participantes desarrollan su actividad, con el fin de realizar un diagnóstico general sobre las características del mercado donde se localizan las empresas. Es importante "*conocer el negocio*" donde las empresas desarrollan su actividad para entender su comportamiento y el de sus competidores. Para identificar el mercado de producto se tienen en cuenta fundamentalmente tres elementos: factores del lado de la demanda, factores del lado de la oferta y otras características del

<sup>11</sup> En el caso de compañías extranjeras las cifras de activos e ingresos operacionales se calculan en pesos con el cambio oficial a la fecha de elaboración del estado financiero correspondiente.

<sup>12</sup> Ver Diagrama de Flujo Anexo, Paso I.

mercado que eventualmente pueden incidir en la determinación del precio.

**74. Consideraciones del lado de la demanda**

**75.** Es importante contar con la mayor información posible de las empresas intervinientes, ya que son quienes mejor conocen su actividad. Para ello se solicitan todos los estudios de mercado de que dispongan, así como la descripción de los productos o servicios en términos de características, usos, precios y cantidades vendidas. Igualmente, se solicita información sobre los productos considerados como sustitutos justificando razonablemente dicha sustitución.

**76.** De esta manera, el mercado de producto deberá incluir aquellos productos hacia los cuales se desplazarían los consumidores en caso de que se produjera un incremento pequeño no transitorio y significativo en el precio de cualquiera de los productos ofrecidos por las empresas a integrarse, permaneciendo el precio de los demás productos constante.

**77.** Para establecer correctamente aquellos bienes o servicios que pueden ser considerados como sustitutos por los consumidores, es necesario analizar factores que determinan el grado de sustitución de los productos.

**78. Características del producto o tipo de servicio prestado**

**79.** Con el fin de definir si las características del producto son similares a las de un producto candidato a sustituto se estudia si las materias primas utilizadas, ingredientes activos<sup>13</sup> o insumos utilizados en la elaboración de los productos, son equivalentes, de tal forma que las propiedades físicas, técnicas y características generales que definen los productos los hace sustituibles para el consumidor. De esta manera, las características de los productos o servicios son el primer indicio para establecer la sustituibilidad, sin embargo, éste no

es un elemento concluyente por lo que se estudian otros atributos del producto.

**80.** Al tratarse de un servicio, en la definición del mercado relevante de producto, las características que permiten definir si existen servicios sustitutos serán distintas a las que se tienen en cuenta para una empresa productora o distribuidora. Así, cuando hacemos referencia a los servicios, algunas de las características a tener en cuenta son la cobertura del servicio, oportunidad y agilidad, disponibilidad, garantías ofrecidas y cumplimiento.

**81. Usos generales del producto (finalidad del servicio)**

**82.** El grado en que dos productos o servicios son funcionalmente intercambiables es una fuente importante para determinar si es probable que exista sustitución entre ellos. No obstante, ésta no es condición suficiente para que dos productos sean sustitutos ya que los usos están definidos según las características del consumidor o usuario, sus preferencias y hábitos. Para efectos de este análisis, se recurre a estudios de mercado, estudios sobre el comportamiento habitual de los consumidores y, actitudes y tendencias de consumo. De no disponer de estos estudios se recurre a las encuestas a consumidores.

**83. Precio del producto**

**84.** La estimación de elasticidades es una herramienta técnica que permite determinar cambios en la cantidad demandada de un producto frente a cambios en su precio y cambios en el precio de los productos sustitutos. Así, la elasticidad precio de la demanda permite cuantificar las variaciones porcentuales en la cantidad demandada ante cambios porcentuales en el precio del producto. Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda permite cuantificar en qué medida el incremento del precio de un producto ocasiona un desplazamiento de sus consumidores hacia la demanda de otro producto porcentualmente hablando. Cuanto mayor sea la

---

<sup>13</sup> Para el análisis de concentraciones del sector farmacéutico.



sustituibilidad entre dos productos desde la perspectiva del consumidor o usuario, mayor será el desplazamiento de los consumidores del primero hacia el segundo, como consecuencia de un aumento no esporádico del precio del primero, manteniendo las demás variables constantes.

**85.** Teóricamente, la elasticidad cruzada de la demanda es positiva para productos sustitutos y será mayor cuanto mayor es la sustituibilidad entre ellos. Por el contrario, la elasticidad cruzada de la demanda es negativa para productos complementarios y, cercana a cero cuando los productos no tienen ninguna relación entre sí, es decir, cuando sus demandas son independientes.

**86.** La elasticidad permite conclusiones más acertadas sobre la sustituibilidad entre productos o servicios; sin embargo, en la mayoría de los casos, su cálculo requiere de información estadística sobre series de precios, cantidades vendidas, estacionalidad de la demanda y otras variables que afectan la demanda de los productos producidos y/o distribuidos no sólo por las empresas intervinientes, sino también por los competidores.

**87.** La SIC preferirá, en caso de contar con la información necesaria, definir los productos que hacen parte de un mercado relevante mediante el cálculo de elasticidades. Sin embargo, de no contar con la información necesaria para estimar estas variables, serán utilizadas otras herramientas técnicas que le permitan inferir, a través del comportamiento de los precios y las ventas, cuál es el mercado relevante de producto afectado con la operación de integración.

**88.** La correlación de precios es otra herramienta estadística utilizada para la definición de mercado relevante de producto. Así, si dos productos pertenecen al mismo mercado relevante, sus precios tenderán a moverse en la misma forma en el tiempo por lo que si los precios de dos productos evolucionan en términos absolutos o relativos con

un alto grado de correlación, se puede inferir que los dos productos forman parte del mismo mercado. La ausencia de una fuerte correlación en los movimientos de precios entre dos productos por un período significativo previo a una fusión, sugiere que no hacen parte del mismo mercado relevante de producto.

**89.** Sin embargo, es necesario advertir que esta evidencia es indicativa, más no suficiente, para determinar si dos productos hacen parte del mismo mercado relevante. Por lo anterior, al utilizar el *test* de correlación se corre el riesgo de incluir dentro de un mismo mercado relevante dos productos cuyos precios hayan evolucionado de forma similar debido al comportamiento de factores comunes (por ejemplo la inflación o el aumento del precio de algún insumo) pero no porque pertenezcan al mismo mercado relevante. Por lo tanto, para evitar el riesgo de incluir dentro del mismo mercado relevante productos que pertenecen a mercados distintos, los *test* de correlación serán utilizados solamente para descartar que dos productos pertenezcan al mismo mercado.

**90.** La aplicación de las herramientas descritas se realizará siempre y cuando las empresas en estudio presenten todos los antecedentes necesarios y suficientes para efectuarlo. En la generalidad de casos, será necesario tener como mínimo factores cualitativos, tales como el análisis del comportamiento y las estrategias usuales adoptadas por los consumidores frente a cambios en los precios relativos de los productos estudiados y los costos de cambio que pueden inhibir a un número grande de consumidores para optar por otros productos para el mismo fin. Es importante que, en los casos en que no exista información de precios y/o cantidades precisa para el desarrollo de análisis cuantitativos, las empresas intervinientes aporten estudios de mercado recientes que permitan apoyar el análisis cualitativo y llegar a conclusiones razonables sobre la sustituibilidad.

**91.** *Consideraciones del lado de la oferta*

**92.** En algunos casos es necesario incluir en la definición de mercado relevante aquellas firmas que si bien no son competidores de las firmas a integrarse, sí están en capacidad, ante eventuales cambios en factores que afectan la demanda (como el precio), de ajustar su producción para producir los productos involucrados en la operación de integración.

**93.** Así como se analiza la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, se requiere el mismo análisis desde el punto de vista de la oferta. Con esto se busca establecer si ante un aumento en el precio de un producto, los fabricantes de otros productos pueden reorientar sus instalaciones productivas - en el corto plazo y a un costo reducido - hacia la producción del bien relevante a la operación de integración, neutralizando un eventual aumento de precios. Con base en la descripción de los procesos productivos de las empresas, para el caso de empresas prestadoras de servicios se analizará la capacidad instalada en locaciones e infraestructura física adecuada para la prestación del servicio, pero el concepto de capacidad productiva aplica específicamente a empresas productoras y abastecedoras.

**94.** Otra fuente alternativa de oferta proviene de las importaciones de productos o servicios. La SIC verificará si existe libre importación de productos o de materias primas e insumos, bajo condiciones competitivas frente a la oferta de las empresas intervinientes y los agentes encargados de la distribución de tales productos.

**95.** Algunos de los factores que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta para decidir si incluye en la definición del mercado relevante a las firmas que están en capacidad de entrar a competir con las empresas intervinientes posteriormente a la operación de concentración son:

**96.** Información sobre costos de ajuste del proceso productivo y beneficios marginales variables que dichas empresas obtendrían.

**97.** Información sobre el proceso de producción, etapas que comparten diferentes productos y la capacidad de producción excedentaria que se generaría.

**98.** Información sobre los sistemas de distribución de los diferentes oferentes y la velocidad con la que ellos pueden incrementar el volumen de ventas de un producto.

**99.** Evidencia de cambios frecuentes en la capacidad de producción ante variaciones de precios y rentabilidad.

**100.** Evidencia de márgenes de ganancia similares para productos diferentes.

**101.** *Otras características del mercado*

**102.** Teniendo en cuenta que no todos los mercados son iguales, en algunas ocasiones es necesario incluir, en la definición de mercado relevante, el análisis de otros factores como: i. Competencia indirecta; ii. Productos de dos lados; iii. Productos secundarios o conexos; iv. Autoabastecimiento y, v. Limitaciones asimétricas.

**103.** La competencia indirecta se refiere a aquellos productos que no son sustitutos directos pero que se venden en el mismo mercado, razón por la cual los productos compiten en el mercado final.

**104.** Respecto de los mercados de dos lados, es necesario incluirlos en la definición del mercado relevante, toda vez que en éstos se encuentra una plataforma que actúa como el oferente y dos tipos de consumidores diferentes que interactúan entre sí, siendo necesaria la existencia de una plataforma que permita que los

usuarios de un bien o servicio se encuentren<sup>14</sup>.

**105.** Los productos secundarios o conexos son aquellos que son adquiridos como resultado de la compra de un producto primario<sup>15</sup>.

**106.** Finalmente, las limitaciones asimétricas implican que no en todos los casos bajo estudio el mercado relevante es el mismo, lo anterior debido a que, en algunos mercados de bienes y servicios donde dos bienes pertenecen al mismo mercado relevante, el primero resulta ser un buen sustituto del segundo, pero no al contrario<sup>16</sup>.

**107.** La SIC definirá cuidadosamente el mercado relevante con el fin de evitar que las empresas puedan influir de manera significativa en las condiciones de venta, especialmente al imponer precios y/o limitar la producción, distribución o prestación del servicio.

**108. Mercado relevante geográfico**

**109.** *Integraciones horizontales*

**110.** La definición del mercado relevante geográfico consiste en determinar el área mínima necesaria para que las empresas, actuando de manera coordinada, encuentren rentable aumentar sus precios siempre y cuando los precios de todos los productos vendidos en otras áreas geográficas permanezcan constantes. Es así como se define la zona en la que las empresas participantes desarrollan sus actividades, en la que las condiciones

de competencia son lo bastante homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas debido a que las condiciones de competencia en ella son diferentes o potencialmente diferenciables.

**111.** Primero se determinará el área donde las actividades de las empresas intervinientes se traslapan. Luego se observan los costos de transporte y la localización de los compradores. Partiendo de la ubicación de las plantas de producción y/o puntos de distribución se irá ampliando el mercado geográfico hacia aquellas regiones donde el consumidor tiene acceso a los productos o servicios en igualdad de condiciones, sin incurrir en mayores costos que hagan que la decisión de compra sea otra, en razón a los costos de transporte.

**112.** Para una correcta definición de los límites del mercado geográfico, se tendrá en cuenta la participación de las empresas en las áreas analizadas y el comportamiento pasado de los consumidores. Es importante analizar las características físicas del producto<sup>17</sup>, costos de cambio<sup>18</sup>, costos de transporte, precios relativos de los productos, patrones de carga y bodegaje, frecuencia de despacho, competencia de importaciones o del exterior, entre otros.

**113.** Adicionalmente, la SIC analizará la presión competitiva que ejerce el mercado externo en los bienes transables. Para lo anterior se obtendrá información respecto del volumen de las importaciones del producto o los productos que conforman el mercado relevante, analizando si existen barreras para el ingreso de los mismos. Por lo tanto,

---

<sup>14</sup>Los periódicos son un ejemplo de producto de dos lados ya que, además de ser un elemento informativo para un grupo de consumidores (lectores), son también un espacio de publicidad y propaganda para otro tipo de consumidores (anunciantes).

<sup>15</sup>Por ejemplo, el mercado de repuestos automotrices es conexo al mercado de la venta de carros, toda vez que un consumidor acude al mercado de repuestos automotrices en la medida en que debe reparar un vehículo.

<sup>16</sup> Por ejemplo en los mercados de telecomunicaciones como la telefonía móvil y la fija, el primero resulta ser un buen sustituto de la segunda pero no al contrario.

---

<sup>17</sup> Son aquellos factores o atributos propios de un bien o producto que determinan sus usos. Adicionalmente también permiten diferenciarlo de otros bienes. Entre las características físicas de los productos podemos encontrar: presentación, diseño, forma, perecibilidad, marca, etc.

<sup>18</sup> Los costos de cambio se refieren a aquellos costos en que incurren los consumidores cuando cambian los productos que en la actualidad consumen por productos que son ofrecidos en otras áreas geográficas. Dentro de este concepto se tienen en cuenta tanto el valor de los productos como el tiempo en que incurren los consumidores para realizar el cambio.

se evaluará si existen demoras en la entrega, volumen mínimo, pagos anticipados en efectivo, diferencias entre el precio de importación y precio interno, la logística misma de la importación, accesibilidad a los puertos de desembarque, entre otros.

#### **114. *Integraciones verticales***

**115.** En relación con las integraciones verticales, el análisis anterior se realizará para cada uno de los mercados relevantes donde participen las empresas intervinientes que proyectan la integración y que participan de la misma cadena de valor.

**116.** El mercado geográfico relevante estará definido en función de las fuentes alternativas de aprovisionamiento de las materias primas o insumos requeridos por las empresas competidoras de la empresa interviniente ubicada aguas abajo, su capacidad para abastecerse de distintos proveedores ubicados en diferentes áreas geográficas, así como evaluar las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos de la empresa interviniente ubicada en la fase de producción-aguas arriba-para atender al cliente.

**117.** El análisis de delimitación del mercado geográfico, por lo tanto, permite establecer qué tan significativo es el costo de adquirir en un área determinada el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto o servicio satisfaga la demanda en las mismas condiciones de competencia. Los criterios para definir el mercado geográfico en cada etapa de la cadena de valor son los mismos que se describieron para las integraciones de tipo horizontal.

#### **118. *Competidores y cuotas de participación***

**119.** Una vez definido el mercado relevante e identificados los competidores que participan en éste, se procede a calcular las cuotas de participación.

**120.** Se tendrán en consideración los siguientes factores:

**121. Grado de diferenciación y sustituibilidad de los productos y servicios:** Para el cálculo de las participaciones se deberán verificar las cifras de valor de las ventas, volumen de ventas o cualquier otra variable que se considere adecuada<sup>19</sup>, dependiendo del mercado, de al menos el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizará la operación de integración. En integraciones horizontales, si los productos son homogéneos y los proveedores utilizan sistemas de producción similares, una de las variables utilizadas para efectuar dicho cálculo es la capacidad instalada. En productos diferenciados por su calidad o su precio, sería más apropiado el cálculo con base en los ingresos por ventas.

**122. Análisis dinámico de las cuotas:** Es decir se analizarán las variaciones de las cuotas de mercado en un periodo de tiempo significativo. Sobre la base de las variables que la Superintendencia de Industria y Comercio considere adecuadas puede calcularse el tamaño total del mercado y las cuotas de mercado de cada competidor. El objeto de comparar la cuota de mercado de las empresas antes y después de la operación es medir el impacto en el nivel de concentración que se da con la operación de integración.

**123. Grado de madurez del mercado:** Generalmente, los efectos derivados de una integración son mayores en mercados maduros donde se agotan las posibilidades de nuevos entrantes y donde la innovación no presenta un factor determinante.

**124. Tamaño relativo de las empresas:** A mayor número de empresas compitiendo en un mercado, menores son las posibilidades de reducir los niveles de competencia como consecuencia de la integración que se analice.

---

<sup>19</sup> Las variables generalmente utilizadas son: Producción, ventas en unidades, ventas en pesos, capacidad instalada, número de superficies, área de superficie, etc.

Igualmente, es importante tener en consideración la diferencia entre las cuotas de participación de las empresas que proyectan la integración y la de sus inmediatos competidores. Dicho factor está relacionado directamente con la importancia de las empresas que se integran, dado que no es lo mismo que se integren las empresas líderes de un mercado a que lo hagan una empresa líder y una seguidora que no tenga un poder de mercado representativo o su participación sea pequeña en relación con las líderes.(Análisis de las cuotas en valores absolutos y relativos).

**125.** *Análisis de las cuotas de participación*

**126.** Las cuotas de participación son indicadores del poder de mercado y del dominio de una empresa. Sin embargo, son indicadores que pueden estar sesgados en razón a que sólo tienen en cuenta elementos endógenos al mercado relevante. La SIC utilizará la participación de mercado de las intervinientes para determinar si las mismas pueden restringir la libre competencia como resultado de la operación de concentración. Así, si como consecuencia de la operación planteada la estructura del mercado no se modifica sustancialmente, no será necesario un análisis más detallado que incluya barreras a la entrada y otros factores.

**127.** Sin embargo, si el mercado es caracterizado por seguidores fuertes, se desarrollarán test de posición de dominio para descartar la hipótesis del fortalecimiento de una posición de dominio.

**128.** En las integraciones verticales se realizará el análisis de las cuotas de participación para cada uno de los mercados relevantes involucrados en la operación. En el eslabón superior de la cadena, se determinarán las cuotas de participación de las empresas proveedoras de insumos incluyendo las importaciones. En el eslabón inferior de la cadena, se calcularán cuotas de mercado con base en el nivel de ventas en pesos y/o volumen para determinar qué empresas requieren de los

mencionados insumos y a quiénes podrían abastecer los oferentes de insumos, diferentes a los involucrados en la operación de integración.

**129.** Teniendo en cuenta que el poder de mercado se refiere al poder que tiene una empresa o empresas de incrementar el precio por encima del costo, la mejor manera en que se podría medir dicho poder sería calculando la diferencia entre el precio en el cual la empresa se comporta como un monopolista hipotético y maximiza su beneficio.

**130.** De otra parte, para evaluar si una concentración de mercado puede reforzar o crear una posición de dominio, se utilizan indicadores que describen tanto el número como el poder relativo de las compañías. El índice comúnmente utilizado es el Índice Herfindahl-Hirschman(IHH), que se obtiene al sumar el cuadrado de las participaciones de mercado de cada una de las empresas competidoras en el mercado relevante definido. En teoría, este indicador refleja el grado de concentración del mercado.

**131.** En la medida en que el valor de éste se acerca a 10.000, las empresas involucradas tienen mayor posibilidad para imponer un cambio en el precio o para eliminar a un competidor. No obstante, el valor de este indicador puede generar distorsiones ya que hay casos en los que una concentración ha mejorado la eficiencia en el mercado al generar competencia entre participantes del mismo tamaño.

**132.** En las operaciones de integración empresarial evaluadas por la SIC durante el periodo comprendido entre el año 2009 y 2011 se encontró que, antes de realizadas la operaciones de integración, los mercados analizados ya contaban con un nivel alto de concentración, toda vez que en el 70% de dichos mercados, el nivel de IHH se encontraba por encima de 1800. Una vez llevada a cabo la integración, se encontró que en el 75% de los casos analizados el nivel del IHH estaba por encima de 1800.

**133.** Otros índices de concentración utilizados son: NEE el cual representa el número de empresas con idéntico tamaño antes y después de la integración y refleja la disminución en el número de competidores de igual tamaño en el mercado relevante, luego de la integración.

**134.** Igualmente son importantes los índices LIDER, CR2 y CR4. El indicador LIDER representa la cuota de participación de la empresa líder en el mercado, mientras que los índices CR2 y CR4 representan las cuotas de participación de las dos y cuatro primeras empresas en el mercado.

**135.** Adicionalmente, la SIC también utiliza el índice de dominancia de KWOKA<sup>20</sup> y el índice de dominancia de STENBACKA<sup>21</sup>.

**136.** El índice de dominancia de KWOKA se concentra en medir la simetría del tamaño de las firmas

---

<sup>20</sup> El índice de KWOKA se concentra en la estructura de las participaciones de mercado de las empresas. De esta forma, cuando la desigualdad entre el tamaño de las empresas aumenta, se incrementa la dominancia y, consecuentemente, el índice se eleva. Este índice se determina mediante la siguiente fórmula:

$$KWOKA = \sum_{i=1}^{n-1} (s_i - s_{i+1})^2$$

Donde  $S_i$ 's están ordenadas de mayor a menor y corresponden a las participaciones de mercado de las empresas. El índice varía entre 0 y 1, siendo 1 el valor correspondiente a una estructura de mercado de monopolio. Al respectover: Kwoka. John, "Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries", Southern Economic Journal, Vol. 44, No. 1 (Jul., 1977), págs.183-189.

<sup>21</sup>La fórmula para calcular el umbral de STENBACKA es la siguiente:

$$S^D = g(S_1, S_2) = \frac{1}{2} \langle 1 - \gamma(S_1^2 - S_2^2) \rangle$$

Donde  $S_1, S_2$  corresponden a las participaciones demercado de las dos empresas más importantes, respectivamente. Por su parte,  $\gamma$  es un parámetro específico a cada industria y está relacionado con las barreras a la entrada, los instrumentos de política pública para incentivar la competencia, la regulación económica, la existencia de derechos de propiedad intelectual, entre otros. Al respectover: Stenbacka et al, "Assesing Market Dominance", Journal of Economic Behavior, Vol. 68, Issue 1, (October 2008), págs. 63-72.

dentro de un mercado. Se enfoca en el patrón de distribución de las participaciones de mercado de los agentes. De esta manera, cuando existe gran diferencia entre el tamaño de las firmas, el índice tiende a su valor máximo (1). Por otra parte, cuando las participaciones de las firmas convergen, el valor del índice tiende a cero, independientemente de la cantidad de empresas en el mercado.

**137.** Por su parte, el índice de dominancia de STENBACKA es una medida para identificar cuándo una empresa podría tener posición dominante en un mercado determinado. Teniendo en cuenta la participación de mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante, el índice de STENBACKA arroja un umbral de cuota de mercado después del cual la empresa líder posiblemente ostentaría posición de dominio.

**138.** De acuerdo con lo anterior, cualquier cuota de mercado superior a dicho umbral podría significar una posición dominante. Sin embargo, este índice constituye una primera aproximación ya que para determinar la posición dominante de una empresa son necesarios otros elementos de análisis.

### **139. EFECTOS POTENCIALES DE LA OPERACIÓN<sup>22</sup>**

#### **140. Fusiones horizontales**

**141.** *Efectos unilaterales con productos homogéneos*

**142.** Los efectos de una operación de integración están vinculados al tipo de operación que se analiza. Así, para las integraciones horizontales, el primer efecto que puede producir es la disminución en el número de competidores en el mercado relevante y el desincentivo a la entrada de competidores potenciales. Igualmente, como consecuencia de la integración, puede reforzarse la capacidad de una o de varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes

---

<sup>22</sup> Ver Diagrama de flujo anexo. Paso IV.

participantes en él, circunstancia que conduce a una indebida restricción de la competencia. A este tipo de efectos se le denomina efectos “unilaterales”. Se manifiestan, entre otros, en los siguientes elementos:

- 143.** Reducción de la competencia: Esta se da cuando, como producto de la integración, se elimina un competidor fuerte del mercado.
- 144.** Alto nivel de concentración luego de la integración.
- 145.** Aumento notable de la distancia entre el líder y su inmediato competidor (dominio relativo).
- 146.** Capacidad de influenciar los precios (Price cost margins).
- 147.** Aumento de las barreras a la entrada.
- 148.** Variación sustancial en los niveles de concentración.
- 149.** Incremento de los costos de cambio (switching costs) de los consumidores y compradores.
- 150.** Reducción de probabilidades de entrada de nuevos competidores.
- 151.** *Efectos unilaterales con productos diferenciados*
- 152.** En el caso de productos diferenciados, los efectos generados se traducen en que las empresas pueden obtener un mayor beneficio derivado de la discriminación de precios, al tener luego de la integración, el control conjunto sobre el precio de los productos. Logrando de esta manera fijar un mayor precio para aquellos consumidores que estén dispuestos a pagar más conforme con su precio de reserva. El riesgo que tenían las empresas antes de la integración, de perder ventas por el aumento del precio, se reduce como consecuencia de la integración al disminuir el número de competidores donde pueden acudir los consumidores que no estén dispuestos a pagar dicho precio. En el mismo sentido, si hay menos

productos sustitutos simétricos y asimétricos, los beneficios para las firmas integradas serán mayores.

**153.** Cuando los productos de las intervinientes compiten cercanamente y son diferenciados -ya sea por marca, calidad o cualquier otra variable – es probable que la operación de integración conlleve efectos unilaterales. Para evaluar si como resultado de la operación se generarían este tipo de efectos, la SIC podrá analizar el cambio en los incentivos de fijación de precios que tendría el nuevo ente integrado bajo el escenario donde controla ambos bienes diferenciados.

**154.** Los efectos unilaterales pueden surgir dado que un incremento del precio de un bien sería menos costoso bajo el escenario post-integración, donde ambos productos pertenecen a la misma persona jurídica o natural. Sin la operación de integración sería costoso para una de las firmas intervinientes incrementar el precio de su producto; un aumento en el precio de uno de los bienes desviaría a los consumidores hacia los productos producidos por la otra empresa interviniente y por las otras firmas competidoras. Así las cosas, el costo para una empresa de incrementar el precio de su bien en un escenario pre-integración está compuesto por dos elementos, a saber:

**155.** La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda al producto ofrecido por la otra empresa interviniente;

**156.** La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda a los productos ofrecidos por las empresas competidoras.

**157.** Tras la operación de integración, no es tan costoso para el ente integrado elevar el precio de cualquiera de sus productos ya que recuperará las ventas a los consumidores que desvían su demanda hacia el bien de la otra empresa interviniente.

**158.** Entre los factores que la SIC podrá tener en cuenta para evaluar

los efectos unilaterales de una operación de integración horizontal con productos diferenciados, se encuentran los siguientes, sin limitarse exclusivamente a estos:

**159. Sustituibilidad:** Si los productos de las intervinientes son sustitutos cercanos, es más probable que surjan efectos unilaterales como resultado de la integración. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ente integrado estará en capacidad de recuperar una porción significativa de las ventas que se desvían hacia otros bienes, en respuesta al incremento en el precio de uno de los productos de las firmas integradas. La razón de desviación<sup>23</sup> (*diversión ratio*) del bien de una de las intervinientes hacia el bien de la otra intervinientes, es un indicador útil para analizar la habilidad del segundo producto en limitar el precio del primero.

**160. Márgenes de ingreso variable:** En algunos casos, cuando los márgenes de ingreso variable de los productos de las intervinientes son elevados en relación al mercado, la aparición de efectos unilaterales como resultado de la operación es más probable, puesto que el ente integrado recapturará más ventas y el incremento del precio en uno de los bienes será menos costoso.

**161. Sensibilidad al precio por parte de los consumidores:** Si los consumidores son poco sensibles a los cambios en los precios de los productos de las intervinientes, es más probable que la operación de concentración conlleve efectos unilaterales. En este caso, un incremento en el precio de alguno de los bienes no ocasionará una reducción significativa de sus ventas, haciendo que dicho

aumento en el precio sea menos costoso. La elasticidad de la demanda de un bien es un buen indicador para determinar la magnitud de la desviación de los consumidores ante un aumento de su precio.

**162.** La respuesta potencial de los competidores de las intervinientes ante cualquier intento de éstas de elevar el precio, también será considerada por la SIC en su evaluación.

**163.** Es importante advertir que el análisis de efectos unilaterales con productos diferenciados no requiere una definición de mercado relevante.

**164. Efectos verticales**

**165.** Se tendrán en cuenta cuando alguna o todas las empresas integradas horizontalmente se encuentran, además, integradas verticalmente. El análisis es el mismo que se efectúa en las integraciones verticales y que se detallará más adelante.

**166. Efectos coordinados**

**167.** Del mismo modo, una integración horizontal puede dar origen a una coordinación entre las empresas resultantes de la integración y sus competidores inmediatos, para restringir la oferta, aumentar el nivel de precios, etc. Un elemento importante a considerar es la evidencia previa de coordinación en el mercado correspondiente, previo a la realización de la integración.

**168.** Las características del mercado que facilitan la coordinación entre empresas son principalmente:

**169.** Número reducido de empresas, ya que es más fácil coordinar a un menor número de ellas.

**170.** Las estructuras de mercado oligopólicas con altos niveles de incertidumbre facilitan la coordinación.

---

<sup>23</sup> La razón de desviación entre el bien A y el bien B representa la porción de las ventas que se desviarían hacia el bien B (en contraposición a los bienes C, D, E, etc.) como la segunda mejor opción del consumidor, ante un incremento en el precio del bien A.



**171.** Cuotas de participación similares y condiciones de competencia homogéneas.

**172.** Productos homogéneos.

**173.** Facilidad para detectar empresas que no hagan parte de la coordinación y aplicación de retaliaciones para ellas.

**174.** Tener incentivos para coordinarse.

**175.** Existencia de altas barreras a la entrada.

### **176. Integraciones verticales**

**177.** Las integraciones verticales son, generalmente, pro competitivas al generar eficiencia; sin embargo pueden, en algunos casos, conducir a una indebida restricción de la competencia.

#### **178. Efectos unilaterales de las integraciones verticales**

**179.** En cuanto a los efectos unilaterales de las integraciones verticales, a diferencia de las horizontales, en este caso no desaparece un competidor del mercado; sin embargo, estos efectos se traducen en el cierre de mercado por un incremento de los costos de los competidores en el eslabón inferior de la cadena. La anterior situación ocurre si, por ejemplo, las empresas intervinientes que elaboran materias primas restringen su acceso a través de altos costos, para favorecer a las empresas intervinientes ubicadas en el eslabón inferior de la cadena de valor. Estos efectos se darán si las cuotas de participación de las empresas productoras son suficientes para permitir dicha restricción y no existe competencia suficiente en el eslabón superior de la cadena. Igualmente, la restricción vertical se puede dar cuando la empresa interviniente ubicada en el eslabón inferior de la cadena tiene una cuota significativa del mercado, lo que podría generar un cierre de mercado para los productores competidores de la interviniente productora, ubicada en el eslabón superior de dicha cadena de valor.

**180.** Para medir el efecto unilateral de este tipo de integraciones, es preciso considerar la importancia que representa el insumo dentro de la estructura de costos de las empresas situadas en el eslabón inferior de la cadena. Entre mayor sea este nivel, mayor será el impacto de la integración vertical. Igualmente, se analizará el número de oferentes de dichos insumos y su procedencia. Si existe oferta suficiente de insumos, el incentivo para que las empresas integradas restrinjan la oferta o aumenten los precios de tales insumos se verá reducido.

**181.** Es igualmente importante determinar si existen bienes sustitutos en el eslabón superior de la cadena de valor, hacia los cuales puedan desplazar el consumo las empresas competidoras ubicadas en el eslabón inferior de la misma.

**182.** En resumen, los factores que se tendrán en cuenta para medir si existe un efecto unilateral en las integraciones verticales son:

**183.** Capacidad de las empresas en el eslabón superior de la cadena de valor para incrementar los costos, reducir la calidad, desmejorar las condiciones comerciales en general, a los clientes situados debajo de la cadena de valor y que compiten con la otra empresa integrada. Los factores que facilitan esta capacidad serán el poder significativo de mercado, la ausencia o reducida presencia de productos sustitutos y ausencia de sustitución vía oferta.

**184.** Capacidad de las empresas no integradas que están ubicadas en el eslabón inferior de la cadena de valor para obtener los insumos de otras fuentes alternativas.

#### **185. Efectos coordinados de las integraciones verticales**

**186.** Una integración vertical puede incentivar la coordinación de empresas para aumentar precios, obstruir la competencia, reducir la calidad de los productos o servicios, crear o aumentar las barreras a la

entrada, repartirse mercados, etc. Asimismo, puede conducir a una coordinación de empresas con un proveedor integradas para obtener información sensible de sus competidores.

**187.** En algunos casos, el conocimiento y la transparencia de información puede facilitar la coordinación entre empresas mediante el acceso a información sensible sobre los rivales, sus condiciones de comercialización, estrategias de producción, lanzamiento de productos, precios, frecuencia de pedidos, etc.

**188.** *Eficiencias generadas*

**189.** Si del análisis anterior se infiere que se tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia, se analizarán las eficiencias generadas con la operación que puedan ser trasladadas a los consumidores.

**190.** Los tipos de eficiencia se pueden dividir en: (i) eficiencias del lado de la oferta y; (ii) eficiencias del lado de la demanda.

**191.** *Eficiencias del lado de la oferta*

**192.** Las eficiencias del lado de la oferta se producen cuando, como consecuencia de la integración entre firmas, la entidad integrada puede ofrecer su producto a un menor costo. Los principales ejemplos de eficiencias del lado de la oferta son: ahorros de costos, evita la doble marginalización, reduce la falta de incentivos para la inversión y lleva al reposicionamiento de producto.

**193.** En primer lugar, los ahorros de costos corresponden a las eficiencias técnicas de las empresas (en aspectos administrativos, financieros y contables).

**194.** En lo que respecta a la doble marginalización, las integraciones verticales pueden conducir a mejorar los niveles de eficiencia al integrar en una sola, las diversas etapas de producción, evitando la doble marginalización (doble beneficio, para el productor y para el distribuidor y/o comercializador).

**195.** De igual forma, las integraciones verticales pueden reducir la falta de incentivos para la inversión, debido a que la empresa integrada puede tener incentivos para invertir en nuevos productos, nuevas tecnologías o estrategias de mercadeo que otros no quieren realizar porque puede beneficiar a sus competidores. Un ejemplo de lo anterior, es un distribuidor de un producto que no está dispuesto a invertir en promocionar los productos porque su inversión puede beneficiar a otros distribuidores.

**196.** Finalmente, los procesos de reposicionamiento de productos llevados a cabo por las empresas intervinientes y sus competidores hacen que los consumidores cuenten con una mayor variedad de productos.

**197.** *Eficiencias del lado de la demanda*

**198.** Por su parte, las eficiencias del lado de la demanda se presentan cuando, como resultado de la integración, crece el incentivo de los consumidores de adquirir los productos ofrecidos por la entidad integrada debido al logro de mayor productividad, eficiencia, calidad y servicio. Dentro de este tipo de eficiencias se encuentra: efectos de red, efectos de precios y “one-stop shopping”.

**199.** Los efectos de red surgen cuando los consumidores de servicios ofrecidos a través de una plataforma, valoran en mayor medida la red cuando el número de usuarios que hacen uso de dicha red aumenta. Una integración puede mejorar la competitividad de una red ofreciendo sus usos a más usuarios y mejorando sus servicios.

**200.** Por su parte, cuando se presenta una integración de conglomerado los consumidores pueden verse beneficiados toda vez que, una disminución en el precio de uno de los bienes, no sólo incrementa su demanda sino que también incrementa la demanda de los productos complementarios.

**201.** Lo importante será que las empresas involucradas en la operación puedan demostrar que con ella se logrará una reducción de costos que se traducirá en un mejor precio, mejor calidad y/o variedad para el consumidor. Otro beneficio al que puede conducir una integración vertical es la reducción de los costos de transacción para el consumidor, al tener que negociar con una sola empresa.

**202.** Si las eficiencias son cuantitativamente demostrables se analiza la posibilidad de aprobar la integración con condicionamientos, de lo contrario deberá objetarse.

**203.** *Excepción de eficiencia*

**204.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009, se considera la siguiente excepción para la objeción de una operación de integración que conduce a una indebida restricción de la competencia:

*“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.” (...)*

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

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

**205. Barreras a la entrada**<sup>24</sup>

**206.** La etapa de análisis de barreras a la entrada, definidas previamente, se realiza cuando las cuotas de participación sean suficientes para indicar que existen indicios de poder de mercado e impliquen un probable grado de obstrucción de la competencia. Lo que se busca con este análisis es determinar si la entrada para nuevos competidores es factible en términos de probabilidad y oportunidad.

**207.** Con este fin, se identificarán las barreras que puedan impedir, obstaculizar o retrasar la entrada de competidores al mercado relevante analizando las barreras de tipo estructural<sup>25</sup> -que son de aplicación general para las empresas intervinientes y sus competidores-<sup>26</sup> y las barreras artificiales que son aquellas que las empresas generen o lleguen a producir a raíz de la operación y puedan conducir a una indebida restricción de la competencia.

**208.** Otra clasificación para las barreras a la entrada que se encuentra muy relacionada con la clasificación anterior, corresponde a las barreras exógenas y endógenas. Las primeras corresponden a aquellas que son propias de las condiciones del mercado y que se equiparan a las barreras estratégicas, y son aquellas que las empresas no pueden controlar. Incluyen por ejemplo la existencia de firmas con

<sup>24</sup> Ver Diagrama de flujo anexo. Paso III.

<sup>25</sup> Glosario de Términos relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las leyes y políticas sobre Competencia O.E.C.D., 1990.

<sup>26</sup> Ejemplo de barreras estructurales son: los requerimientos tecnológicos, capacidad de producción medida a través de la escala mínima de producción y/o distribución requerida, inversión en infraestructura, etc.

ventajas en costos, diferenciación de productos, imagen de marca, necesidades de capital e inversión inicial, costos de cambio, acceso a canales de distribución, economías de escala, barreras legales, etc.

**209.** De otra parte, las barreras endógenas, son las creadas por las empresas establecidas a través de sus estrategias de mercado y su comportamiento competitivo, es decir corresponden a la definición anteriormente mencionada, de barreras estratégicas<sup>27</sup>.

**210.** Las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia y por lo tanto, son objeto del análisis de estudio de la Superintendencia de Industria y Comercio son las siguientes:

**211. Barreras legales:** Se considera como barrera legal aquellas normas que generen una desventaja de costos para las empresas que desean entrar al mercado.

**212. Tamaño de los costos hundidos:** Los costos hundidos son aquellos costos que las empresas no pueden recuperar al abandonar el mercado. Generalmente, cuando su valor es alto, actúan como un medio de desaliento a la entrada de nuevos competidores. Un ejemplo de costos hundidos son los costos de puesta en marcha del negocio<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> De largo, Caitlin, "negocios de EE.UU. y mundial las barreras de entrada" (2009). *Tesis de Honor Superior*. Documento 167. Información tomada el 22 de noviembre de 2011 de la página web: <http://commons.emich.edu/honors/167>

<sup>28</sup> En cuanto a los costos hundidos endógenos, éstos dependen de la estrategia particular escogida por el entrante y los incumbentes. Un ejemplo de costos hundidos endógenos es la inversión en publicidad o la creación de una red de distribución. La existencia de costos hundidos endógenos se convierte en una barrera a la entrada. Información tomada de: MarketPower and Strategies. Perloff, Karp&Golan. Págs. 34 a 39. Sobre el mismo tema ver también Sutton, quien diferencia entre costos hundidos exógenos y endógenos. Los costos hundidos exógenos son aquellos en los cuales el entrante debe incurrir independientemente de la estrategia que escoja.

**213. Tiempo de entrada /Oportunidad:** La SIC analizará el tiempo que han tomado otros entrantes para convertirse en competidores reales. Este tiempo puede verse acrecentado si las empresas deben aprender a usar activos específicos y desarrollar redes de distribución eficientes. Generalmente, se toma como aceptable un período inferior a un año para realizar una entrada efectiva al mercado.

**214. Escala de entrada:** Es considerada una barrera si para las empresas que deseen entrar al mercado únicamente es rentable entrar al negocio con una alta capacidad de producción y vendiendo un gran número de unidades.

**215. Identidad de marca:** Algunos productos- en particular alimentos de consumo humano y productos cosméticos- son identificados y reconocidos por el consumidor a través de la marca, hasta el punto que el consumidor o usuario no desplazarían su consumo hacia productos similares de otras marcas manteniendo fidelidad a la marca, lo cual genera una barrera a la entrada para nuevos competidores. El análisis de las marcas se hace importante en las operaciones de compra de activos, por sus implicaciones en las licencias y usos de las marcas.

**216. Requerimientos tecnológicos e inversiones de capital:** La SIC entenderá como inversiones de capital a la inversión mínima para que un potencial competidor pueda desarrollar la misma actividad ofreciendo los mismos productos y servicios. Si los requerimientos tecnológicos son demasiado elevados puede impedirse o retrasarse la entrada de nuevos competidores al mercado.

**217. Costos de transporte:** La SIC considerará costos de transporte a los costos asociados con el acceso de competidores al mercado. Las repercusiones de los altos costos de transporte

limitarán, generalmente, la dimensión del mercado geográfico para los productos voluminosos y de escaso valor. Del mismo modo, las dificultades de acceso a la distribución en un área determinada, como los obstáculos reglamentarios, las cuotas y los derechos de aduana, también pueden constituir obstáculos que aislen una zona geográfica de la presión competitiva de empresas localizadas fuera de ella.

**218. Acceso a fuentes de abastecimiento:** El acceso a fuentes de abastecimiento hace referencia a los vínculos que tienen las empresas participantes, además del comercial, con los proveedores de insumos y materias primas, para determinar si se restringe en alguna medida el acceso a las fuentes de suministro de insumos y materias primas.

**219.** Es importante resaltar que las barreras a la entrada no se presentan de la misma forma ni en la misma intensidad en todos los mercados, sectores o en tipos de actividad. Por lo tanto, el análisis de barreras a la entrada debe conducir a determinar si las empresas participantes en la operación podrían actuar independientemente de sus competidores y, conforme con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, puedan alterar el precio, la oferta y demás factores competitivos sin ser disciplinados por nuevos entrantes.

**220.** Adicionalmente, en esta fase del análisis se realiza el cálculo del *test* de elasticidad de importaciones, el cual consiste en evaluar si el consumo aparente (producción total más importaciones, menos exportaciones) es mayor al 30%, en cuyo caso se considerará la existencia de barreras a la entrada de productos o servicios importados.

**221. Poder de negociación de los compradores**

**222.** La capacidad de las empresas luego de la integración puede ser contrarrestada no solamente por los

competidores. Los consumidores o clientes igualmente pueden utilizar su capacidad de negociación para limitar dicha capacidad. Es el caso por ejemplo de las grandes superficies, que en algunos casos determinan las condiciones de la negociación en la compra con sus proveedores o las compañías ensambladoras de vehículos que negocian insumos con los proveedores. Sin embargo, se debe tener en consideración que no todos los proveedores, clientes o consumidores pueden tener esta capacidad y que la facultad de los que sí la tienen debe repercutir a todos los demás para que la capacidad de reacción se extienda a todo el mercado.

## **223. TEORÍA DEL DAÑO**

**224.** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

**225.** De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, una integración empresarial tiende a restringir la competencia si afecta:

**226.** La libre participación de las empresas en el mercado;

**227.** El bienestar de los consumidores;

**228.** La eficiencia económica.

**229.** Una integración tiende a producir una indebida restricción de la libre competencia cuando:

**230.** Ha sido precedida de convenios ligados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;

**231.** Las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean

tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores.

**232.** Finalmente, luego del anterior análisis se realizan las conclusiones del estudio y recomendación sobre no objeción, objeción o condicionamiento.

### **233. CONDICIONAMIENTOS**

**234.** Si el resultado del análisis de una operación de integración, luego del estudio del contrapeso de sus eficiencias, es que se permita su realización pero con condicionamientos, deberá garantizarse que las condiciones de competencia que se ven alteradas como consecuencia de la concentración sean restauradas y la competencia efectiva sea preservada.

**235.** Los Condicionamientos son obligaciones a las que se comprometen las empresas intervinientes en una operación de integración empresarial, con el fin de obtener la aprobación, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, de dicha operación.

**236.** Estas obligaciones usualmente comienzan a regir una vez se aprueba la integración. Sin embargo, esta Superintendencia también tiene la facultad de exigir el cumplimiento previo de un condicionamiento, por lo que la aprobación de la operación propuesta queda sujeta a una condición suspensiva.

### **237. Decisión de condicionar**

**238.** En el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 se estableció que:

*“El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que ésta tiende a producir una indebida restricción de la competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para*

*asegurar la preservación efectiva de la competencia. (...)”.*

**239.** Las mencionadas condiciones u obligaciones, pueden ser propuestas directamente por las partes interesadas. Para ello, el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 estableció que las empresas intervinientes pueden presentar su propuesta de condicionamientos, en un proceso de pre-evaluación de una operación de integración, dentro de los 15 días siguientes al momento en el que la Superintendencia da inicio a la segunda fase del proceso de la aprobación de la integración, fase que debe ser informada por la Entidad, vencidos los tiempos establecidos en el numeral 3 del mismo artículo.

**240.** No obstante, dado el carácter opcional que el mismo legislador estableció para el ofrecimiento de condicionamientos, las intervinientes conservan la posibilidad de presentar su propuesta de acciones y/o comportamientos durante cualquier parte del proceso de aprobación de la integración, incluyendo el recurso de reposición<sup>29</sup>.

**241.** Por otra parte, el Superintendente, a partir de los estudios convenientes y de la determinación de los posibles efectos anticompetitivos del mercado de la integración, podrá establecer las obligaciones y/o condiciones que considere propicias para generar circunstancias que actúen bajo esquemas de efectiva competencia<sup>30</sup>.

**242.** Las propuestas relacionadas con una posible aprobación de integración condicionada, deberán ser negociadas entre la Entidad y las partes intervinientes. Una vez evaluadas las propuestas presentadas, como lo dice la ley, quedará a juicio del Superintendente la pertinencia de los condicionamientos propuestos frente a los propósitos que los mismos deben cumplir; en consecuencia su aprobación o negación será discrecional. Esta decisión será comunicada mediante un acto

<sup>29</sup>Numeral 4 Artículo 10 Ley 1340 de 2009.

<sup>30</sup>Artículo 11 Ley 1340 de 2009.

administrativo suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio.

**243.** *Contenido y consideraciones de los condicionamientos*

**244.** Las consideraciones de la propuesta de condicionamientos, deberán contener al menos:

**245.** Duración: El período durante el cual se realizarán las actividades y compromisos adquiridos; esta duración podrá ser prorrogable o fija.

**246.** Intervinientes: Se deben identificar plenamente las empresas que van a adquirir los compromisos y responderán frente a la Superintendencia de Industria y Comercio por el debido cumplimiento de éstos. Esta identificación dependerá del tipo de operación proyectada, queriendo decir con esto que si por ejemplo, la operación es la enajenación total de una línea de negocio, los responsables principales deberán ser los nuevos propietarios de la línea de negocio.

**247.** Tipos de condicionamientos

**248.** De acuerdo con el tipo de integración que se presenta, los efectos en la competencia difieren. Así, los condicionamientos impuestos en cada operación de integración deben ser diseñados con el fin de preservar las condiciones de competencia y mantener las eficiencias que la operación genera.

**249.** Los condicionamientos podrán ser de tipo estructural o de comportamiento, según el caso. También podrán ser estructurales y estar acompañados de condicionamientos de comportamiento para reforzar el cumplimiento de los primeros.

**250.** En el caso de integraciones horizontales, el principal efecto sobre la competencia es el incremento del poder de mercado de la entidad integrada como consecuencia de la eliminación de un competidor actual o

potencial, del incremento del riesgo de coordinación con los competidores o ambos casos. El aumento del poder de mercado puede darse como resultado de combinar activos destinados a determinadas actividades que bajo otras circunstancias podrían ser utilizados para competir. Por lo anterior, es común que, en la mayoría de integraciones horizontales, el condicionamiento requerido para preservar la competencia sea una “desinversión de activos”.

**251.** En el caso de las integraciones verticales, el principal efecto sobre la competencia se encuentra relacionado con que la entidad integrada puede influenciar los procesos competitivos de la cadena de valor. En estos casos, los condicionamientos apropiados para preservar las condiciones de competencia, son condicionamientos de comportamiento, que prohíben o imponen ciertas conductas que podrían reforzar la indebida restricción de la libre competencia derivada de la integración o para prevenir problemas de competencia en el futuro.

**252.** Los condicionamientos de comportamiento deben ser diseñados para proteger a los consumidores de las conductas anticompetitivas que pueda realizar la entidad integrada. No obstante lo anterior, dependiendo del tipo de operación analizada, también es posible considerar condicionamientos estructurales para preservar la competencia.

**253.** Estos condicionamientos deben ser redactados en forma clara y precisa y estar acompañados de un seguimiento continuo por parte de la SIC. Para tal fin, se establece la obligación para las empresas de efectuar reportes periódicos donde se informe el adelanto de los compromisos estructurales y la permanencia de los compromisos de comportamiento. Independiente de estos reportes, la SIC se reserva en cada caso, la facultad de realizar visitas o adelantar cualquier tipo de prueba que requiera, para determinar en cualquier momento el cumplimiento de los condicionamientos establecidos

**254.** Cuando las operaciones de integración son horizontales y verticales, se deben analizar los efectos negativos que se producen en la competencia y dependiendo del caso, se pueden presentar combinaciones de condicionamiento estructurales y de comportamiento.

**255.** *Principales Condicionamientos Estructurales*

**256.** Desinversión de todos los activos necesarios para que el comprador sea un competidor efectivo: Para este condicionamiento se requiere identificar claramente cuáles son los activos que el competidor necesitaría para competir efectivamente de forma oportuna y que le permitan mantenerse en el tiempo.

**257.** Los activos pueden ser: tangibles como maquinaria y equipos de producción, intangibles como marcas y patentes o una combinación de los dos.

**258.** Adicionalmente, los activos deben estar en buen estado para garantizarle al comprador que puedan ser aprovechados en el corto, mediano y largo plazo, y mejorar las condiciones de competencia en el mercado relevante. La venta de los activos podrá realizarse conjunta o individualmente considerados asegurando que el comprador sea un competidor y que esté en condiciones de utilizar tales activos en condiciones competitivas

**259.** Para que el condicionamiento preserve efectivamente la competencia, el comprador de los activos deberá usarlos en el mercado relevante definido y no deberá reubicarlos para la producción de otros bienes.

**260.** De no realizarse la enajenación de los activos, se realizará un encargo fiduciario que se encargue de administrar tales activos y de hacer posible su venta a un competidor.

**261.** Desinversión de una unidad de negocio: La unidad de negocio debe

estar funcionando y ser rentable para que los competidores se interesen por ella. Cuando se considere este tipo de condicionamiento se incluirán todos los activos relacionados con la unidad de negocio incluida la transmisión del conocimiento técnico requerido para poner en funcionamiento los activos.

**262.** Desinversión de derechos de activos intangibles críticos<sup>31</sup>: Este tipo de condicionamientos es utilizado cuando las empresas a integrarse cuentan con patentes que les otorgan ciertos tipos de derechos para producir determinado tipo de bien o producto. En estos casos, la venta o licencia de dichos derechos permite preservar las condiciones de competencia en los mercados definidos.

**263.** Dependiendo del caso que se está analizando, puede ser necesario que el comprador o licenciario adquiera los derechos para producir y vender únicamente el producto relevante mientras que en otros casos, es necesario que éste obtenga también el derecho de producir y vender otros productos.

**264.** Lo anterior con el fin de que el comprador o licenciario cuente con las posibilidades de lograr economías de escala y alcance que le permitan competir efectivamente en el mercado definido.

**265.** Para este tipo de condicionamientos se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

**266.** Tiempo: Dependiendo del condicionamiento propuesto, el tiempo puede o no coincidir con la duración total de los condicionamientos, pero en casos como por ejemplo la enajenación de un establecimiento o maquinaria, es preciso especificar el tiempo prudente para realizar el respectivo proceso.

**267.** Condiciones: Los condicionamientos ofrecidos no

---

<sup>31</sup>Un activo crítico es aquel que es necesario para que el comprador compita efectivamente en el mercado relevante definido.



pueden estar sujetos a ningún tipo de condición y deben ser actividades concretas que puedan ser verificables.

**268. Identificación:** Cada uno de los elementos involucrados en los condicionamientos estructurales, bien sean máquinas o materiales deben tener características identificables consignadas adecuadamente dentro de las propuestas.

**269. Verificación:** Esta información es complementaria a la identificación y busca tener información contundente sobre aspectos de calidad y/o precios que brinden criterios claros sobre la idoneidad del condicionamiento. Un ejemplo adecuado sería en un condicionamiento de enajenación de maquinaria que las intervinientes adjuntaran a su condicionamiento un informe pericial que garantiza el funcionamiento de las máquinas y su precio aproximado en el mercado.

**270. Obligaciones Facultativas:** Se pueden establecer compromisos facultativos, sujetos a la condición de que sea imposible cumplir el condicionamiento principal. Por ejemplo, en los casos en los cuales para el compromiso se establece un término de tiempo, tales como la enajenación de activos, y dentro del término establecido no se ha logrado la ejecución de lo prometido, se hace necesaria la aplicación de compromisos alternativos que al igual que los principales, su componente principal debe estar en función de los propósitos de los condicionamientos y son válidos como cumplimiento de los condicionamientos.

#### **271. *Principales Condicionamientos de Comportamiento***

**272. Órdenes de separar partes de la compañía fusionada "firewall":** Con estos condicionamientos se busca prevenir la transmisión de

información entre la firma que se encuentra en el eslabón superior de la cadena y aquella que se encuentra en el eslabón inferior. Esta restricción busca impedir comportamientos anticompetitivos.

**273. Órdenes de no discriminar:** Este tipo de condicionamientos busca igualdad de condiciones en el trato, acceso y suministro a todas las empresas competidoras de las empresas intervinientes. Lo anterior con el fin de que, como consecuencia de la integración, la empresa que se encuentra en el eslabón superior de la cadena no favorezca a la empresa que se encuentra en el eslabón inferior y discrimine a sus competidores.

**274. Órdenes de licenciar el uso de propiedad intelectual:** Este tipo de órdenes buscan que el competidor tenga acceso a determinadas tecnologías u otros activos que son necesarios para competir efectivamente en el mercado relevante definido.

**275. Órdenes de transparencia:** Bajo esta figura, la entidad integrada debe tener a disposición de la autoridad de regulación determinada información que en otras circunstancias no se solicitaría. Lo anterior con el fin de que la empresa integrada no evada la regulación.

**276. Órdenes de no tomar represalias:** Estas órdenes prohíben a la empresa integrada discriminar o tomar represalias en contra de una empresa o entidad que provea información.

**277. Prohibiciones de ciertas prácticas en contratos:** Son utilizadas especialmente en los casos en que la empresa integrada utiliza los contratos con el fin de bloquearle a sus competidores el acceso a un insumo importante, o con el fin de demorar o cerrar la entrada de nuevos competidores al mercado.

**278.** A pesar de todo lo anterior, la Superintendencia considera que la figura de los condicionamientos es flexible y por lo tanto, es posible estructurar, diseñar e implementar cualquier tipo de obligación que tenga el objetivo de evitar los posibles efectos nocivos de la operación estudiada.

**279.** Esquema de Seguimiento:

**280.** Dentro de la propuesta de condicionamientos es relevante tener en cuenta la necesidad de verificación por parte de esta Entidad acerca del cumplimiento de los condicionamientos. Por lo tanto, una vez consolidados los condicionamientos estructurales y/o los de comportamiento, el paso a seguir es establecer los respectivos mecanismos de verificación. Este esquema de seguimiento no limita las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para hacer los controles adicionales que se consideren pertinentes para comprobar que las empresas comprometidas estén cumpliendo a cabalidad con sus compromisos, así como las demás normas de protección de la competencia.

**281.** Algunos criterios que son considerados son:

**282.** Publicaciones

**283.** Informes periódicos

**284.** Disponibilidad de la información

**285.** Responsabilidades dentro de la organización

**286.** Póliza o aval bancario:

**287.** La póliza o aval bancario es una medida concertada entre la SIC y las partes intervinientes, que queda a favor de la SIC, siendo tomadoras las empresas que se someten a la realización de una integración condicionada, y cuya vigencia será como mínimo la misma que la del tiempo total de vigencia de los condicionamientos. Por lo tanto, es necesario especificar el tiempo de vigencia de la póliza claramente. Esta

medida es una garantía que tienen que ofrecer las partes en su propuesta de condicionamientos, en caso de que las empresas llegaran a incumplir con alguno de los condicionamientos aceptados. Es necesario aclarar que la póliza en ningún momento exime a las partes de las demás sanciones que pueda acarrear su conducta, como las que describe el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

**288.** Para la estimación del valor de la póliza, que será en Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes y por tanto su valor deberá ser actualizado cada año hasta el vencimiento de la vigencia de los condicionamientos, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

**289.** El tipo de integración.

**290.** El patrimonio de las empresas vinculadas a la integración.

**291.** El posible daño al mercado generado por el incumplimiento de los condicionamientos.

**292.** Todo lo anterior, sin perjuicio de que la Entidad, de acuerdo con las condiciones particulares de cada caso, considere que sea necesario incluir o analizar criterios adicionales.

**293.** *Seguimiento de los condicionamientos*

**294.** El artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, hace referencia a que en el evento en que una integración sea aprobada con condicionamientos, la autoridad única de competencia será la encargada de la supervisión del cumplimiento de éstos. Para esta tarea, la Delegatura de Protección de la Competencia dispone capital humano encargado de la revisión del cumplimiento de las actividades aprobadas.

**295.** Si bien los condicionamientos tienen un componente principal en el esquema de seguimiento aprobado, terceros interesados podrán allegar quejas, o informar situaciones que muestren, directa o indirectamente, el probable incumplimiento de los

condicionamientos. Basado en estas quejas y el esquema de seguimiento, la Superintendencia procederá a validar la información necesaria para determinar si efectivamente existió incumplimiento. En función de esta revisión, las personas encargadas podrán utilizar las facultades conferidas mediante el Decreto 1687 de 2010, a esta Superintendencia, dentro de las cuales se podrán incluir sin limitarse a ellas las siguientes:

**296.** Visitas administrativas.

**297.** Revisión de información contable.

**298.** Requerimientos de información a intervinientes.

**299.** Requerimientos de información a terceros.

**300.** Recolección de información digital de las intervinientes.

**301.** Recepción de testimonios.

**302.** Todas las actividades que se lleven a cabo para la verificación, deberán contar con toda la disposición por parte de las intervinientes como de la Superintendencia para desarrollarse con total eficiencia. En esta medida, las intervinientes pondrán a disposición de la Entidad toda la información que sea requerida para llevar a cabo dicho seguimiento.

**303.** Si durante el ejercicio de las anteriores actividades, se determina que existió un incumplimiento de los compromisos aceptados y previa solicitud de explicaciones, se podrá declarar que el riesgo cubierto por la póliza o aval bancario ocurrió, haciendo efectivo su cobro; de igual manera, será posible analizar si la cuantía de la póliza no es suficiente para cubrir el agravio causado por el incumplimiento, apegándose al régimen sancionatorio que contempla la Ley 1340 de 2009 en su Título V.

**304.** La terminación del seguimiento de los condicionamientos tendrá lugar a través de alguno de los siguientes dos eventos: (i) en la fecha que se

determine en el acto administrativo por el cual se aprueba una integración sujeta a condicionamientos; (ii) al terminar el plazo establecido como vigencia de las pólizas o avales bancarios que cubren el riesgo de incumplimiento, si éste es mayor al plazo de vigencia de los condicionamientos impuestos.

**305.** Por otra parte, las empresas, de acuerdo con las circunstancias concretas que se presenten en el mercado afectado y en caso de cambios significativos del mismo, tendrán derecho a solicitar la terminación o modificación de los condicionamientos. Para recurrir a este derecho, deberán presentar su solicitud de forma escrita añadiendo toda la información que consideren pertinente para demostrar que efectivamente las condiciones de mercado han cambiado suficientemente como para reevaluar los condicionamientos actuales y su modificación o eliminación. Toda la información y las motivaciones de la solicitud, así como el efecto que las mismas tengan en relación con los condicionamientos, serán debidamente evaluadas y la Entidad decidirá de manera discrecional sobre su procedencia.

**306.** *Contribuciones*

**307.** El artículo 22 de la Ley 1340, establece que, entre otras, las actividades de seguimiento que realiza la Entidad con motivo de la autorización de una operación de integración empresarial condicionada serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento. Por lo tanto, una vez es aprobada la integración sujeta a condicionamientos, las intervinientes deberán hacerse responsables del correspondiente pago. Este pago será anual, y su valor se determinará con fundamento en los criterios establecidos en la Resolución No. 72896 de 2010.