

GUÍA DE ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

INTRODUCCIÓN

1. El presente documento tiene por objeto dar a conocer los criterios de análisis utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio (**SIC**) para el estudio de las solicitudes de operación de concentración 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. 10930 de 2015 y las demás normas concordantes.

2. Una concentración horizontal, es definida como aquella operación realizada entre empresas ubicadas en el mismo eslabón de la cadena de producción y/o distribución, que conduce a que desaparezca un competidor del mercado -bien sea por la pérdida de su independencia comercial o por la extinción de la persona jurídica-, o a que se reduzca la competencia (por ejemplo en el caso de agentes del mercado que deciden crear una empresa nueva), circunstancias que dependiendo de las condiciones del mercado, podrían llevar a que las empresas concentradas adquieran la capacidad de determinar de manera autónoma, o con sus inmediatos competidores, las condiciones de oferta, precios, comercialización y demás factores competitivos en el mercado.

3. En el caso de las concentraciones verticales, definidas como la operación realizada entre empresas que tengan relaciones de tipo vertical o que se encuentren ubicadas en diferentes niveles de la misma cadena de producción y/o distribución, si bien no necesariamente reducen la competencia, podrían generar restricciones o limitaciones de oferta en los eslabones superiores o inferiores de la cadena de valor.

4. 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 la estructura del mercado relevante definido: concentración, dominancia, competencia potencial y barreras a la entrada; iii. Análisis de los potenciales riesgos para la competencia de ser efectiva la operación; y iv. Estudio de las eficiencias que contrapesen dichos riesgos¹.

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

6. Dependiendo del tipo de operación a analizar, la **SIC** enfatizará el estudio en determinadas actividades, 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 procedimiento de evaluación de una operación de concentración, que varían dependiendo de la complejidad de la operación que se plantee. Así, aquellas operaciones de concentración que desde la *Fase I. Evaluación preliminar*, permitan inferir razonablemente que tendrán incidencia negativa significativa sobre la competencia, requerirán el paso a la *Fase II. Estudio de fondo*, a fin de contar con mayor información que permita un análisis más profundo. Por el contrario, aquellas operaciones de concentración en las que no se vislumbren efectos negativos sobre la competencia, se decidirán en *Fase I*, si se cuenta con toda la información necesaria.

7. Dadas las particularidades de cada mercado, esta Guía no tiene el objetivo de resolver todas aquellas cuestiones que se puedan presentar en todos los mercados, ni de realizar afirmaciones absolutas sobre la interpretación de las normas

¹ En los casos de concentraciones horizontales entre empresas con productos

altamente heterogéneos o diferenciados, la SIC no definirá mercados relevantes.

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**.

NORMATIVIDAD APLICABLE

8. El procedimiento aplicable es señalado por la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, las cuales modificaron el capítulo segundo del título VII de la Circular Única de la **SIC**, impartiendo instrucciones sobre la manera en que se debe dar cumplimiento a la obligación de informar las operaciones de concentración empresarial. Asimismo, en este documento se fijarán algunos criterios para facilitar el cumplimiento de la obligación de informar, señalando el procedimiento a seguir para su cabal aplicación.

DEFINICIONES

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

10. 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”.

11. 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.

12. 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.

13. Barreras a la entrada: Existen varias definiciones sobre lo que son las barreras a la entrada de un mercado. Principalmente, se pueden entender como los factores que impiden que la entrada de nuevas empresas a un mercado determinado sea lucrativa. 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 él². 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 entrada³.

14. 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 concentración 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.

15. Cadena de valor: En los términos de la Resolución 10930 de 2015, se define como:

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

² STIGLER, George. *The Organization of Industry*, Homewood: Richard D. Irwin, 1968.

³ DEMSETZ, Harold. Barriers to Entry, *The American Economic Review*, Vol.72, No. 1 (Mar., 1985), P45-57.

hasta que llega al consumidor final’.

16. 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, valor de importaciones y número de clientes.

17. 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”.

18. Forma jurídica de una concentración: Hace referencia a la modalidad o vehículo jurídico a través de la cual se materializa la operación de concentración. Puede ser una adquisición de acciones, compra de activos, fusión, escisión, creación de una empresa, alianzas empresariales, contratos de franquicia, etc.

19. 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 de esta situación 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 empresas⁴. En todo Grupo Empresarial se infiere el control.

20. Deber de informar: obligación prevista en la Ley 1340 de 2009, Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, en virtud de la cual las empresas tienen el deber de informar previamente a la **SIC** 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, que cumplan con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y que en conjunto cuenten con más del 20% del mercado relevante.

21. Deber de notificar: Obligación prevista en la Ley 1340 de 2009, Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, en virtud de 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 el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y que en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, están obligadas a reportar a la **SIC** la información contenida en las normas mencionadas.

22. Concentración: Es la adquisición del control de una o varias empresas, o la creación de una nueva empresa por parte de las intervinientes en la operación, con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término concentración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa o se afecta significativamente la competencia entre las empresas que llevan a cabo

⁴ Superintendencia de Sociedades. Resolución 2467 del 18 de septiembre de 1997.

la concentración, posterior al perfeccionamiento de la misma.

23. Concentración horizontal: Concentración realizada entre empresas que participan en el mismo eslabón de la cadena de valor.

24. Concentración vertical: Concentración realizada entre empresas que tengan relaciones de tipo vertical o que se encuentren ubicadas en diferentes eslabones de una misma cadena de valor.

25. Empresas intervinientes: En los términos de la Resolución No.10930 de 2015, deben entenderse como empresas intervinientes:

“(...) aquellas empresas que hacen parte de la operación de integración que se proyecta realizar y que ejercen una misma actividad económica o pertenecen a la misma cadena de valor y que puede tener efectos en el mercado nacional”.

26. Mercado Relevante: Mercado en el que se afectaría la competencia como consecuencia de la operación de concentración proyectada. Está compuesto por el mercado producto y el mercado geográfico. Cuando se hace referencia al mercado producto, este concepto incluye bienes o servicios.

27. 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.

28. 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 concentración.

29. Asimismo, 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 plazo y con bajos costos, y dirigirla hacia los productos que hacen parte del mercado relevante, disminuyendo los efectos restrictivos de una concentración.

30. 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 o subsidiarias en que aquélla predomine económicamente.

Participante del mercado: Se considera que un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos: (i) que el agente económico realice actividades comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control); o (ii) que aunque en el momento específico de la integración el ente económico no obtenga ingresos en el mercado referenciado, exista evidencia de que tiene la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.

Así, la definición de participante en el mercado incluye a los agentes económicos que hacen parte de la oferta en el mismo, pero que por cualquier razón al momento específico de la integración no están obteniendo ingresos del ejercicio de la actividad en cuestión.

PROCEDIMIENTO

31. Etapas

32. Fase I. Evaluación preliminar:

Esta etapa tiene una duración máxima de 30 días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de radicación inicial. Una vez radicada la

solicitud de pre-evaluación por parte de las empresas intervinientes, la Superintendencia tiene 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud, para ordenar la publicación de la operación de concentración presentada en la página web de la Entidad, siempre y cuando considere que la información allegada está completa, en los términos del Anexo 1 de la Resolución 10930 de 2015.

En caso de que las empresas intervinientes así lo requieran, la Superintendencia de Industria y Comercio realizará una reunión preliminar para la revisión de las condiciones de la operación y la documentación requerida, lo anterior, con el fin de brindar una orientación y facilitar la presentación posterior de la operación. La referida reunión será coordinada por el grupo de Integraciones Empresariales de la Delegatura de Protección de la Competencia, previa solicitud realizada con cinco (5) días hábiles de anticipación a su celebración. Lo anterior, no exime a las empresas del cumplimiento de lo dispuesto en la Guía de Pre- evaluación contenida en el Anexo 1 de la Resolución 10930 de 2015.

Surtido el trámite de la publicación en la página web de la Entidad, los terceros interesados contarán con 10 días hábiles para allegar a la Entidad las respectivas observaciones o comentarios que les surjan respecto de la concentración que se pretende realizar. Es de aclarar que el plazo con el que cuentan los terceros no interrumpe el término para efectos del pronunciamiento final de la Entidad.

33. Fase II. Estudio de fondo:

Si dentro del término de los 30 días hábiles previstos para la primera fase, la **SIC** no se pronuncia sobre la concentración a razón de que la información recaudada resultó insuficiente para poder evaluar el impacto real de la operación sobre el mercado relevante, la Entidad continuará con la segunda fase del trámite y así lo comunicará a las intervinientes. Esta fase está prevista para que la Entidad requiera a los

terceros para que aporten mayor información que pueda considerarse útil para efectos de profundizar el análisis de la operación proyectada. El término previsto para la segunda fase es de 3 meses calendario contados a partir de la fecha en que haya sido recibida la comunicación remitida por las intervinientes, en respuesta al oficio de continuación a fase II, o al primer requerimiento de información adicional emitido por la **SIC**, si lo hubiere.

UNIDAD DE CONTROL

34. El régimen de protección de la competencia define el concepto de control en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992. Control es la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa que se encuentren relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber: (i) la política empresarial, (ii) la iniciación, terminación o variación de la actividad económica a la que se dedica la empresa, (iii) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

35. El elemento esencial de la definición de control es que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de la otra.

36. No se requiere una demostración de que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se ha materializado en el pasado, tampoco es necesario demostrar que se materializará en un futuro cercano, la sola posibilidad de influenciar, es suficiente para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

37. Tipos de Control

Una empresa puede tener dos tipos de influencia o control en el derecho de la competencia, exclusivo o conjunto.

38. El **control exclusivo** se verifica cuando una empresa o persona natural, en solitario, puede ejercer individualmente una influencia material sobre el desempeño competitivo de otra empresa, directa o indirectamente (i.e. a través de

subsidiarias o filiales), y sin que ninguna otra persona ejerza influencia material sobre la compañía influenciada.

39. El control exclusivo se configura por dos situaciones distintas.

40. Control exclusivo positivo: La empresa que ejerce un control exclusivo detenta la facultad para, individualmente, determinar las decisiones que afectan el desempeño competitivo de la empresa. En la mayoría de los casos, este control se adquiere con la titularidad de la mayoría de los derechos de voto en una empresa. Por ejemplo, cuando un accionista tiene más del 50 por ciento o más del total de acciones ordinarias de una empresa, situación que coincide con lo que el derecho societario considera como una de las formas de control corporativo de conformidad con los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

41. Control exclusivo negativo: Se verifica cuando un solo accionista tiene el poder de vetar decisiones estratégicas que afectan materialmente el desempeño competitivo de una empresa, mediante el ejercicio de derechos de veto. Es decir, cuando un accionista tiene una participación en el capital accionario de la sociedad que le permiten vetar una serie de decisiones estratégicas para el desempeño competitivo de la empresa en el mercado. Por ejemplo, decisiones relacionadas con la entrada en nuevos mercados, líneas de negocios o productos, la elección o destitución de miembros de junta directiva, la adopción del plan de negocios y la autorización de una amplia gama de inversiones.

42. En los casos de control exclusivo en materia de derecho de la competencia, a diferencia de lo que sucede en una empresa controlada conjuntamente, no hay ningún otro accionista con la posibilidad de influenciar materialmente el desempeño competitivo de una empresa distinto al accionista que detenta el control exclusivo (bien sea positivo o negativo).

43. Por su parte, el **control conjunto** en materia de competencia se verifica cuando dos o más empresas o personas naturales tienen la posibilidad de ejercer una influencia material sobre el desempeño competitivo de otra empresa. En el caso del control conjunto, a pesar de que hay dos o más agentes que pueden ejercer influencia material sobre determinada compañía, no es una condición que ambas empresas deban estar de acuerdo para ejercer dicha influencia. En efecto, el control conjunto también se puede producir cuando, a pesar de haber varias empresas que pueden ejercer influencia material, cada una de ellas puede hacerlo de forma independiente y sin necesidad de la aquiescencia de la otra que también ejerce el control.

44. El control conjunto surge principalmente en cuatro situaciones:

45. Igualdad de derechos políticos: Se verifica cuando solamente hay dos agentes que se distribuyen en proporciones iguales los derechos políticos en la empresa en la que participan. Por ejemplo, existe control conjunto cuando los únicos dos accionistas de una empresa tienen los mismos derechos políticos en las empresas en que participan (i.e. cada accionista tiene el 50 por ciento de las acciones ordinarias de una sociedad anónima) o cuando ambas empresas tienen derecho a designar el mismo número de miembros de los órganos de dirección de la empresa. En este caso, ambas empresas ejercen control, en la medida en que cada una de ellas puede vetar cualquier decisión sin necesidad de llegar a un acuerdo con la otra para ejercer ese veto o influencia.

46. Accionista minoritario con accionista mayoritario: Existe control conjunto cuando un accionista tiene el derecho de vetar decisiones que afectan materialmente el desempeño competitivo de una empresa, mientras que otro accionista concentra la mayoría de los derechos de voto de la empresa. Por ejemplo, cuando un accionista tiene la mayoría de los derechos de voto en una sociedad (i.e. más del 50 por ciento de

las acciones ordinarias) y otro accionista minoritario tiene una participación accionaria que le permite vetar decisiones que afectan el desempeño competitivo de una empresa. En estos casos, el control conjunto se verifica incluso cuando el accionista minoritario no interviene en la gestión u operación diaria de la empresa toda vez que la misma está reservada al accionista mayoritario (vía la mayoría decisoria que tiene en los órganos de dirección). Sin embargo, el accionista minoritario retiene la capacidad de bloquear decisiones financieras y estratégicas que afectan materialmente el desempeño competitivo de la empresa.

47. Mayoría decisoria mediante el ejercicio conjunto de derechos de voto:

Se verifica cuando dos o más empresas que poseen la mayoría de los derechos de voto acuerdan ejercitarlos de manera mancomunada o concertada. Por ejemplo, este es el caso cuando dos o más accionistas minoritarios poseen juntos la mayoría de los derechos de voto (como resultado de la sumatoria de sus participaciones) y ejercen dichos derechos de manera conjunta en virtud de un acuerdo de accionistas. Es preciso indicar que este tipo de control conjunto también podría dar lugar a control conjunto desde el punto de vista del derecho de sociedades.

48. Ejercicio mancomunado de derechos de veto:

Se verifica cuando dos o más empresas que poseen juntas una participación en los derechos políticos, la cual les permite vetar decisiones estratégicas que afectan materialmente el desempeño competitivo de una empresa, acuerdan ejercer sus derechos de veto de manera mancomunada o concertada. Por ejemplo, en una sociedad cuyos estatutos establecen unas mayorías decisorias calificadas del 75 por ciento de las acciones ordinarias sobre una serie de decisiones que afectan materialmente el desempeño competitivo de la empresa, dos o más accionistas minoritarios que poseen juntos el 26 por ciento de las acciones ordinarias y que suscriben un acuerdo de accionistas en virtud del cual se comprometen a votar negativamente

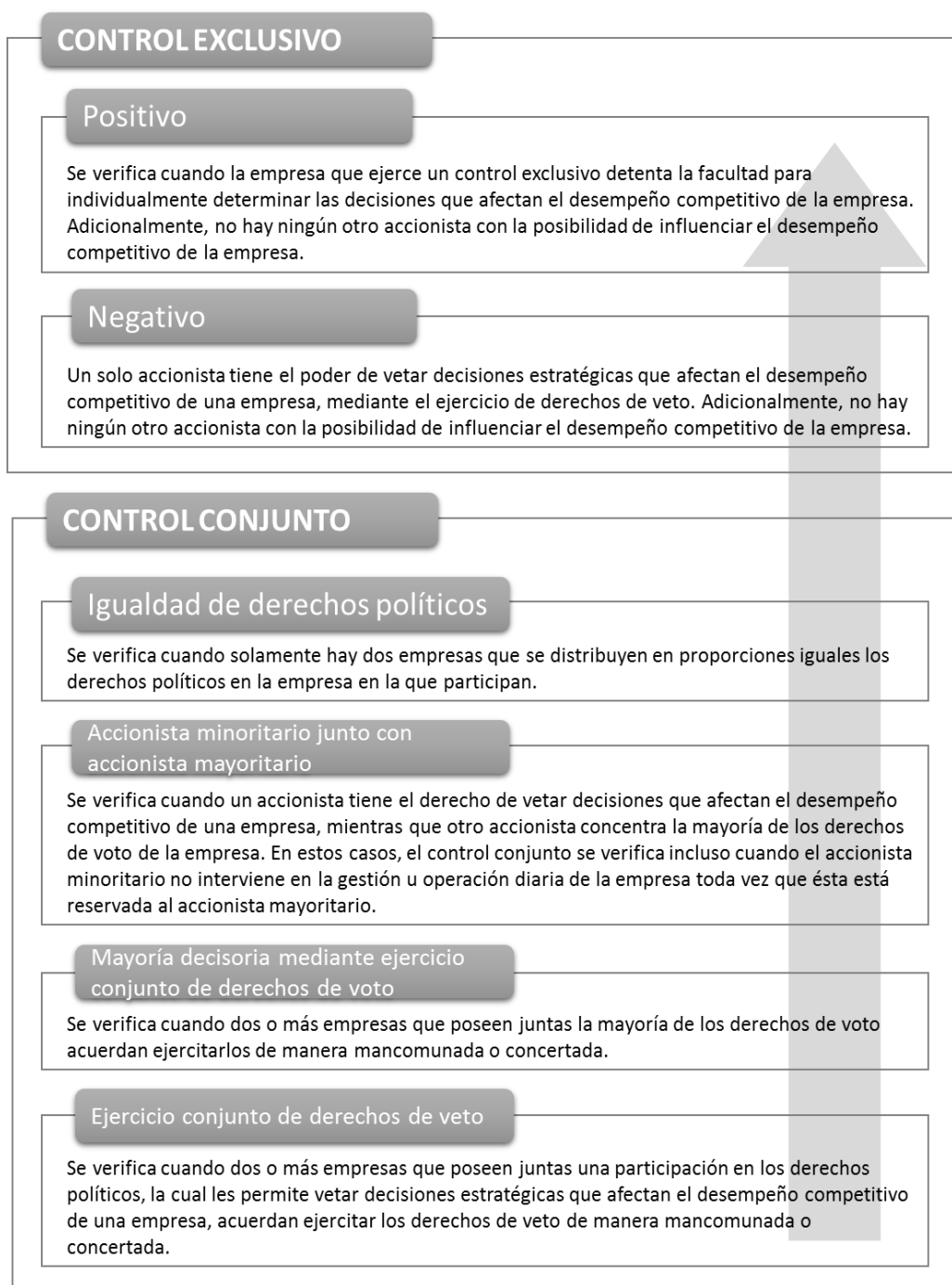
las decisiones sujetas a la anterior mayoría calificada, tiene el control conjunto sobre dicha empresa.

49. Los derechos de veto pueden emanar de los estatutos de la empresa o de un acuerdo entre accionistas y debe operar sobre decisiones estratégicas que afecten el desempeño competitivo de una empresa en el mercado.

50. Para una mayor ilustración, la siguiente imagen relaciona los distintos formas de influenciación que dan lugar a una situación de control en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

Tipos de control en el derecho de la competencia

Tabla No. 1



Fuente: Elaboración SIC.

51. La diferenciación de estas formas de empoderamiento está basada en el grado de control que ejerce el controlante sobre la empresa objeto de análisis. El mayor grado de control se evidencia en los casos de control positivo exclusivo, seguido del control negativo exclusivo y así sucesivamente hasta llegar al ejercicio conjunto de derechos de veto (control negativo), situación donde el grado de control es más débil.

La adquisición de cualquiera de estos tipos de control requiere agotar el trámite de información previa ante la SIC, incluso cuando se pase de control negativo a positivo, en la medida en que dicha transacción supondría un

cambio sustancial en la estructura de control de la empresa.

52. El **control positivo exclusivo** es el tipo de control en donde el accionista controlante ejerce la mayor influencia posible sobre una empresa. En esta situación el accionista controlante puede adoptar todas las decisiones relacionadas con el desempeño competitivo de la empresa de forma individual y sin el consentimiento de otro accionista. Adicionalmente, ningún accionista tiene la facultad de bloquear decisiones trascendentales que tome el accionista mayoritario para el desempeño competitivo de la empresa.

53. El ejercicio conjunto de derechos de veto es el grado de control más débil. A diferencia del control exclusivo positivo, en este caso no existe un único accionista controlante; por el contrario, la capacidad de influenciar se deriva de un acuerdo para ejercitar derechos de veto entre dos accionistas, quienes reúnen la participación necesaria para vetar decisiones que afectan materialmente el desempeño competitivo de la empresa. Adicionalmente, dichos accionistas no tienen la capacidad para adoptar todas las decisiones, sino exclusivamente para bloquear aquellas sobre las cuales los estatutos o la Ley les otorgan ese poder, y, cuando es de su interés, utilizar su poder de veto para forzar a los otros accionistas a llegar a un acuerdo en beneficio de sus intereses.

54. No todos los tipos de control suponen que el accionista controlante y la empresa controlada puedan considerarse como un solo agente en el mercado desde la perspectiva del derecho de la competencia. Solamente en aquellas situaciones en que además de configurarse una situación de control desde el punto de vista del derecho de la competencia (es decir se ejerza una influencia material) y también se configure una situación de control desde el punto de vista del derecho societario, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se podrá hablar de que la empresa controlante y la empresa controlada constituyen un solo agente para el derecho de la competencia.

55. En conclusión, solo en aquellos casos en que la empresa controlante ejerza una subordinación desde el derecho societario (bien sea porque posee más del 50% de las acciones con derecho a voto; o porque puede elegir la mayoría de miembros de la junta directiva; o porque mediante un acto o negocio ejerce una influencia dominante), se podrá afirmar que la controlada y la controlante son un solo agente económico.

56. Por el contrario, si una persona o empresa controla a otra desde el punto de vista del derecho de la

competencia (es decir, si puede ejercer una influencia material sobre la forma en que compite en el mercado), pero no ejerce una influencia dominante sobre ella en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, no se podrá afirmar que la empresa controlante y la controlada constituyen un solo agente en el mercado.

57. Solo la influencia dominante a la que se refiere el derecho societario permite el dominio sobre la operación y la mayoría de las decisiones de la empresa, (sin perjuicio de las decisiones que afecten la forma en la que compite en el mercado puedan ser vetadas por un accionista minoritario, quien también ejercerá control pero solo desde el punto de vista del derecho de la competencia). Por lo anterior, sólo en ese escenario se podrán considerar como único agente económico la empresa controlante y la controlada, situación que es concordante con la obligación de registrar la situación de control que se produce como consecuencia del control societario.

58. De lo anterior, depende la aplicación del régimen de prácticas comerciales restrictivas frente a las empresas sobre las cuales se ejerce control desde el punto de vista de la competencia y desde el punto de vista societario.

59. Si una empresa ejerce control societario sobre otra, no se podrá afirmar que entre estas dos empresas puedan existir acuerdos anticompetitivos, en la medida en que se trata del mismo agente económico. Para que exista un acuerdo necesariamente debe existir una convergencia de dos o más voluntades independientes. Por el contrario, si una empresa que controla otra desde el punto de vista del derecho de la competencia -pero no en el grado suficiente para constituir un único agente en el mercado- realiza un acuerdo de precios con la empresa controlada, se entenderá que ha ocurrido una práctica restrictiva de la competencia ya que, para efectos del régimen legal, se consideran como dos agentes independientes en el mercado.

60. El concepto de control que se establece dentro del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 es norma especial aplicable a todos los procedimientos dentro de la órbita del derecho de la competencia, donde se establece su propio alcance, contenido y finalidad. Dicho concepto tiene un alcance diferente que el contenido dentro de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, que son normas especiales sobre control societario -no sobre derecho de la competencia-.

61. El artículo 260 del Código de Comercio contiene la definición de control propia del derecho societario. Según este artículo, para que se configure una situación de control es necesario que una sociedad se encuentre sometida a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual la sociedad se llamará filial, o por intermedio de otras sociedades controladas por la matriz, en cuyo caso la sociedad controlada se llamará subsidiaria.

62. En el mismo sentido, el artículo 261 del Código de Comercio, estableció unos casos en donde se presume la existencia de control o subordinación. No obstante lo anterior, estos casos no son taxativos, por lo cual cualquier situación que comporte el mismo resultado -el que la sociedad se encuentre sometida a la voluntad de otra u otras personas-, configurará una situación de subordinación, y por consiguiente de control.

63. La norma societaria consagra tres tipos de control: primero, el control por participación en el capital social de la empresa; segundo, la subordinación por control de las votaciones en las asambleas de socios o juntas generales; y el tercero, el control externo o económico, caso en el cual, en virtud de un contrato o acto, se adquiere una influencia dominante sobre la sociedad. Estos tres tipos de

control no son excluyentes entre sí, y pueden ser ejercidos de forma conjunta.

64. El control debe entenderse como la capacidad de tomar decisiones y ejercer un dominio conjunto sobre las empresas, el cual podrá ser directo o indirecto⁵. 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”.

65. 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 los órganos que la controlan. En esta situación, la controlante no tiene como objetivo la subordinación, sino que el control se produce como efecto de la relación intersocietaria.

66. Así mismo, la finalidad general del concepto de control en el derecho de sociedades es otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación e individualización de la sociedad con la que se está haciendo negocios, con el objetivo de evitar que las sociedades se utilicen como vehículo para el fraude.

67. Por su parte, el concepto de control en el derecho de la competencia busca determinar aquellas situaciones en las que una

⁵ 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”.

empresa puede influenciar o afectar el desempeño competitivo de otra, y así restringir de manera indebida la competencia, afectando los consumidores, y la eficiencia económica.

EXCEPCIÓN DEL DEBER DE INFORMAR

68. Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos del numeral 4 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, estarán exentas del deber de notificación e información ante la **SIC**, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No.10930 de 2015.

SUPUESTOS PARA INFORMAR

69. 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 concentraciones empresariales no son sólo empresas, sino también otro tipo de 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.

70. 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 concentración económica, sin importar la forma jurídica de la misma, deberán informar a través del procedimiento de Pre-evaluación a la **SIC** cuando cumplan con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y que son:

- El supuesto subjetivo.
- El supuesto objetivo.
- Que cuenten con 20% o más del mercado relevante.

71. Supuesto subjetivo

72. El supuesto subjetivo hace referencia a aquél condicionamiento previsto en la norma respecto de los sujetos que se consideran destinatarios de la misma; es decir, dispone hacia quién se dirige. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, las disposiciones en materia de protección de la competencia se aplicarán:

“(…) 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).

73. Así las cosas, para verificar si cumplen con el supuesto subjetivo, las intervinientes deberán tener en cuenta: (1) si realizan una misma actividad económica, esto es, si producen o comercializan los mismos bienes, o prestan el mismo tipo de servicio; y (2) si las compañías pertenecen a una misma cadena de valor⁶, en los términos previstos en esta Guía; es decir, si tienen relaciones de carácter vertical o 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.

⁶ Artículo 9, Ley 1340 de 2009.

74. Supuesto objetivo: Test de activos e ingresos operacionales

75. El supuesto objetivo hace referencia a aquél condicionamiento de la norma que versa sobre el objeto específico de la misma. En materia de concentraciones económicas, la ley prevé un umbral objetivo que contempla los siguientes requisitos:

- a) Que las empresas intervinientes, en conjunto o individualmente consideradas, hayan obtenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, *ingresos operacionales* superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la **SIC**, o
- b) Que, al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada, las empresas intervinientes, en conjunto o individualmente, tuviesen *activos totales* superiores al monto que en salarios mínimos haya establecido la **SIC**.

76. Sobre este particular, debe advertirse que sólo es necesario cumplir con uno de los dos requisitos anteriormente expuestos para satisfacer el elemento objetivo⁷.

77. Así mismo, la norma establece un tercer umbral que no hace parte del supuesto objetivo, pero va a determinar el trámite que deberán adelantar ante la **SIC**.

78. Cuando las intervinientes en la operación tienen en conjunto el 20% o más del mercado relevante mismo, tendrán el deber de informar a la **SIC** la operación para efectos de poder integrarse. En caso contrario, simplemente deberán *notificar* la operación que pretenden adelantar.

Así las cosas, las operaciones deberán ser *informadas*, si las empresas cumplen con:

- El supuesto subjetivo
- El supuesto objetivo (es decir, si los activos o ingresos operacionales,

según sea el caso, superan los montos previstos) y,

- Si tienen el 20% de participación en el mercado.

79. Una vez informada la operación, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá aprobarla, objetarla o condicionarla.

80. Las operaciones deberán ser *notificadas* si las empresas cumplen con:

- El supuesto subjetivo
- alguna de las dos condiciones del supuesto objetivo, pero
- En conjunto cuentan con menos del 20% de participación en el mercado relevante, caso en el cual se entenderá autorizada la operación.

DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

81. En primer lugar, todo mercado es un conjunto donde se pueden identificar agentes (productores, distribuidores, comercializadores, consumidores, entre otros), bienes y/o servicios y precios. La definición del mercado relevante busca establecer cuál es el conjunto de agentes, bienes 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 concentración económica, así como los efectos restrictivos o benéficos sobre la competencia que puedan derivarse de la misma. 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.

82. Una vez las empresas han allegado toda la información que se considera necesaria para efectuar el

⁷ 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.

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.

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

La dimensión desde el punto de vista 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, nacional o mundial.

84. Mercado relevante de producto

85. 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*” en el cual 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 mercado que eventualmente pueden incidir en la determinación del precio.

86. *Consideraciones del lado de la demanda*

87. 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.

88. 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 o servicios ofrecidos por las empresas a integrarse, permaneciendo el precio de los demás productos y/o servicios constante.

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

90. Características del producto o tipo de servicio prestado

91. Con el fin de definir si las características del producto o servicio son similares a las de otro candidato a sustituto, se estudia si las materias primas utilizadas, ingredientes activos,⁸ insumos utilizados o características específicas y forma de prestación del servicio, son equivalentes, de tal forma que las propiedades físicas, técnicas y características generales que definen los productos o servicios 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 o servicio.

92. 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

⁸ Para el análisis de concentraciones del sector farmacéutico.

en cuenta son la cobertura del servicio, oportunidad y agilidad, disponibilidad, garantías ofrecidas y cumplimiento.

93. Usos generales del producto (finalidad del servicio)

94. 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, se trata de una condición necesaria más no suficiente, para que dos productos sean sustitutos entre sí, 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 sus actitudes y tendencias de consumo. De no disponer de estos estudios se recurre a las encuestas a consumidores.

95. Precio del producto

96. 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 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 significativo y no transitorio del precio del primero, manteniendo las demás variables constantes.

97. 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.

98. 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.

99. La **SIC** preferirá, en caso de contar con la información necesaria, definir los productos o servicios 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 concentración.

100. La correlación de precios es otra herramienta estadística utilizada para la definición del mercado relevante de producto. Así, si dos productos o servicios 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 o servicios evolucionan en términos absolutos o relativos con un alto grado de correlación, se puede inferir que forman parte del mismo mercado relevante. La ausencia de una fuerte correlación en los movimientos de precios entre dos productos y/o servicios por un período significativo previo a una concentración, sugiere que no hacen parte del mismo mercado relevante de producto.

101. 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 o servicios 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 en común) pero no porque pertenezcan al mismo mercado relevante. Por lo tanto, para evitar el riesgo de incluir dentro del mismo mercado relevante productos o servicios que pertenecen a mercados distintos, los *test* de correlación serán utilizados solamente para descartar que dos productos o servicios pertenezcan al mismo mercado.

102. La aplicación de las herramientas descritas se utilizarán 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 o servicios 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 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.

103. *Consideraciones del lado de la oferta*

104. 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 o brindar los servicios involucrados en la operación de concentración.

105. 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 o servicio, 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 concentración, 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.

106. 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.

107. Algunos de los factores que la **SIC** 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:

108. La información sobre costos de ajuste del proceso productivo y beneficios marginales variables que dichas empresas obtendrían.

109. La información sobre el proceso de producción, etapas que comparten diferentes productos y la capacidad de producción excedentaria que se generaría.

110. La 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.

111. La evidencia de cambios frecuentes en la capacidad de producción ante variaciones de precios y rentabilidad.

112. La evidencia de márgenes de ganancia similares para productos diferentes.

113. *Otras características del mercado*

114. 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. mercados de dos lados (economías de red); iii. productos secundarios o conexos; iv. autoabastecimiento y, v. limitaciones asimétricas.

115. 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.

116. 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, en presencia de economías de red, siendo necesaria la existencia de una plataforma que permita que los usuarios de un bien o servicio se encuentren⁹.

117. Los productos secundarios o conexos son aquellos que son adquiridos como consecuencia de la compra de un producto primario¹⁰.

118. 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 contrario¹¹.

119. 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.

120. Mercado relevante geográfico

121. Concentraciones horizontales

122. 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 relevantes 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.

123. 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.

⁹Los 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).

¹⁰Por 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.

¹¹ 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.

124. 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 producto¹², costos de cambio¹³, costos de transporte, precios relativos de los productos, patrones de carga y bodegaje, frecuencia de despacho, competencia de importaciones o del exterior, entre otros.

125. 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, 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 y la accesibilidad a los puertos de desembarque, entre otros.

126. Concentraciones verticales

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

128. 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.

129. 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 concentraciones de tipo horizontal.

130. Competidores y cuotas de participación

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

132. Para lo anterior se tendrán en consideración los siguientes factores:

133. 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 adecuada¹⁴, dependiendo del mercado, de al menos el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizará la operación de concentración. En concentraciones horizontales, si los productos son homogéneos y los proveedores utilizan sistemas de

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ Las variables generalmente utilizadas son: producción, ventas en unidades, valor de ventas, capacidad instalada, número de superficies, área de superficie, número de clientes, etc.

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.

134. 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 **SIC** 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 concentración.

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

136. Tamaño relativo de las empresas: Es importante tener en consideración la diferencia entre las cuotas de participación de las empresas que proyectan la concentración y las 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 la de las líderes (análisis de las cuotas en valores absolutos y relativos). Uno de los índices utilizados para analizar las cuotas relativas de participación es el índice de asimetría KWOKA.

137. *Análisis de las cuotas de participación*

138. 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.

139. Incluso si el mercado se concentra como consecuencia de la concentración, la operación no necesariamente resulta en la creación o fortalecimiento de una posición de dominio. Para confirmar los efectos de la operación, la **SIC** realizará un análisis de indicadores de asimetría y dominancia como el KWOKA y el STENBACKA.

140. En las concentraciones 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, basadas en el nivel de ventas, volumen, y cualquier otro indicador dependiendo de la naturaleza de la transacción. 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 concentración.

141. De otra parte, para evaluar si una concentración de mercado podría reforzar o crear una posición de dominio, se utilizan indicadores que describen tanto el número como el poder relativo de los agentes. 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.

142. Otros índices de concentración utilizados son: Número de Empresas Equivalentes (NEE) el cual representa el número de empresas con idéntico tamaño antes y después de la concentración y refleja la disminución en el número de competidores de igual tamaño en el mercado relevante, luego de la concentración.

143. 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 respectivamente la suma de las cuotas de participación de las dos y cuatro primeras empresas en el mercado.

144. Adicionalmente, la SIC también utiliza el índice de asimetría de KWOKA¹⁵ y el índice de dominancia de STENBACKA¹⁶.

145. El índice de asimetría de KWOKA se concentra en medir la simetría del tamaño de las firmas 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.

¹⁵ 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 respect ver: Kwoka. John, "Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries", Southern

146. 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.

147. 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.

EFFECTOS POTENCIALES DE LA OPERACIÓN

148. Concentraciones horizontales

149. Efectos unilaterales con productos homogéneos

150. Los efectos de una operación de concentración están vinculados al tipo de operación que se analiza. Así, para las concentraciones horizontales, el primer efecto que se 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 concentración, puede reforzarse la

Economic Journal, Vol. 44, No. 1 (Jul., 1977), págs.183-189.

¹⁶La 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 de mercado de las dos empresas más importantes, respectivamente. Por su parte, γ 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 respecto ver: Stenbacka et al, "Assesing Market Dominance", Journal of Economic Behavior, Vol. 68, Issue 1, (October 2008), págs. 63-72.

capacidad de una o de varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes participantes en él, circunstancia que puede conducir 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:

- 151.** La reducción de la competencia: esta se da cuando, como producto de la integración, se elimina a un competidor fuerte del mercado.
- 152.** Un alto nivel de concentración luego de la integración.
- 153.** El aumento notable de la distancia entre el líder y su inmediato competidor (dominio relativo).
- 154.** La capacidad de influenciar los precios (*Price cost margins*).
- 155.** El aumento de las barreras a la entrada.
- 156.** La variación sustancial en los niveles de concentración.
- 157.** El incremento de los costos de cambio (*switching costs*) de los consumidores y compradores.
- 158.** La reducción de probabilidades de entrada de nuevos competidores.
- 159.** *Efectos unilaterales con productos diferenciados*
- 160.** 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 concentración, 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 concentración, de perder ventas por el aumento del precio, se reduce como consecuencia

de la concentración 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.

161. 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 concentración 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.

162. Los efectos unilaterales pueden surgir dado que un incremento del precio de un bien sería menos costoso bajo el escenario post- concentración, donde ambos productos pertenecen a la misma persona jurídica o natural. Sin la operación de concentración 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-concentración está compuesto por dos elementos, a saber:

- 163.** La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda al producto ofrecido por la otra empresa interviniente; y
- 164.** La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda a los productos ofrecidos por las empresas competidoras.
- 165.** Tras la operación de concentración, 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.

166. En la evaluación de la probabilidad de que una operación de concentración horizontal con productos diferenciados conduzca a efectos unilaterales perjudiciales, la **SIC** tendrá en cuenta entre otros, los siguientes factores:

167. Sustituibilidad: Si los productos de las intervinientes son sustitutos cercanos, es más probable que surjan efectos unilaterales como resultado de la concentración. 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 desviación¹⁷ (*diversion ratio*) del bien de una de las intervinientes hacia el bien de la otra interviniente, es un indicador útil para analizar la habilidad del segundo producto en limitar el precio del primero.

168. 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.

169. 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.

170. 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.

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

172. Efectos coordinados

173. Del mismo modo, una concentración horizontal puede dar origen a una coordinación entre las empresas resultantes de la concentración 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 concentración .

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

175. Un número reducido de empresas, ya que la coordinación es más fácil en la medida en que disminuye el número de agentes a coordinar.

176. Las estructuras de mercado oligopólicas con altos niveles de incertidumbre.

177. Las cuotas de participación similares y las condiciones de competencia homogéneas.

178. Los productos homogéneos.

179. La facilidad para detectar empresas que no hagan parte de la coordinación y aplicación de retaliaciones para ellas.

¹⁷ 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.

180. El tener incentivos para coordinarse.

181. La existencia de altas barreras a la entrada.

182. Sin embargo, realizar un análisis integral que evalúe cada uno de los factores que generan un escenario favorable para la coordinación entre competidores es innecesario e incluso en algunos casos puede llegar a ser inmanejable para la autoridad de competencia. Por esto, para el análisis de posibles efectos coordinados se deben identificar y priorizar los criterios más relevantes para la industria afectada por la operación de concentración.

183. Concentraciones verticales

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

185. Efectos unilaterales de las concentraciones verticales

186. En cuanto a los efectos unilaterales de las concentraciones verticales, a diferencia de las horizontales, 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 capaz de proveer esos insumos 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.

187. Para medir el efecto unilateral de las concentraciones verticales, 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 concentración 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.

188. 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.

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

190. La capacidad de las empresas en el eslabón superior de la cadena de valor para incrementar los costos, reducir la calidad y 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 la ausencia de sustitución vía oferta.

191. La 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.

192. Efectos coordinados de las concentraciones verticales

193. Una concentración vertical puede incentivar la coordinación de

empresas para aumentar precios, obstruir la competencia, reducir la calidad de sus productos o servicios, crear o aumentar las barreras a la entrada, repartirse mercados, etc. Asimismo, puede conducir a una coordinación entre agentes que a través de un proveedor integrado, pueden obtener información sensible de sus competidores.

194. 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.

EFICIENCIAS GENERADAS

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

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

197. *Eficiencias del lado de la oferta*

198. Las eficiencias del lado de la oferta se producen cuando, como consecuencia de la concentración entre firmas, la entidad integrada puede ofrecer su producto a un menor costo. Los principales ejemplos de eficiencias del lado de la oferta son: los ahorros de costos, la evitación de la doble marginalización, la reducción de la falta de incentivos para la inversión y el reposicionamiento de productos.

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

200. En lo que respecta a la doble marginalización, las concentraciones 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).

201. De igual forma, las concentraciones 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.

202. 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.

203. *Eficiencias del lado de la demanda*

204. Por su parte, las eficiencias del lado de la demanda se presentan cuando, como resultado de la concentración, 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 encuentran: los efectos de red, los efectos de precios y el “one-stop shopping”.

205. 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 concentración puede mejorar la competitividad de una red ofreciendo sus usos a más usuarios y mejorando sus servicios.

206. 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 concentración vertical es la reducción de los costos de transacción para el consumidor, al tener que negociar con una sola empresa.

207. Si las eficiencias son cuantitativamente demostrables, se analiza la posibilidad de aprobar la concentración con condicionamientos. De lo contrario deberá objetarse.

208. *Excepción de eficiencia*

209. 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 concentración que conduce a una posible 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”.

BARRERAS A LA ENTRADA

210. 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.

211. 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 estructural¹⁸ -que son de aplicación general para las empresas intervinientes y sus competidores-¹⁹ y las barreras artificiales que son aquellas que las empresas pueden llegar a generar o producir a raíz de la operación y que puedan conducir a una indebida restricción de la competencia.

212. 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 no pueden ser controladas. Incluyen por ejemplo la existencia de firmas con ventajas en costos, diferenciación de productos, imagen de marca, necesidades de capital e

¹⁸Glosario de Términos relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las leyes y políticas sobre Competencia O.E.C.D.,1990.

¹⁹ 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.

inversión inicial, costos de cambio, acceso a canales de distribución, economías de escala, barreras legales, etc.

213. De otra parte, las barreras endógenas, son las creadas por las empresas establecidas a través de sus estrategias de mercado y su comportamiento competitivo²⁰.

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

215. Barreras legales: Se considera como barreras legales aquellas que se generan a través de normas que generan una desventaja de costos para las empresas que desean entrar al mercado.

216. Tamaño de los costos hundidos: Los costos hundidos son aquellos costos en los que los agentes deben incurrir para entrar al mercado, pero no pueden recuperar al abandonarlo. 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 negocio²¹.

217. Tiempo de entrada /Oportunidad: La **SIC** analizará el tiempo que les ha tomado a otros agentes 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.

218. 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.

219. Identidad de marca: Algunos productos son identificados y reconocidos por el consumidor o usuario a través de la marca, hasta el punto que 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.

220. 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. Si los requerimientos tecnológicos son demasiado elevados puede impedirse o retrasarse la entrada de nuevos competidores al mercado.

221. Costos de transporte: 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, contingentes arancelarios y los derechos de aduana, también

²⁰ 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>

²¹ 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.

pueden constituir obstáculos que aislen una zona geográfica de la presión competitiva de empresas localizadas fuera de ella.

222. 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.

223. 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 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, pueden alterar el precio, la oferta y demás factores competitivos, sin ser disciplinados por nuevos entrantes.

PODER DE NEGOCIACIÓN DE LOS COMPRADORES

224. La capacidad de las empresas luego de la concentración puede ser contrarrestada no solamente por sus 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 no todos los proveedores, clientes o consumidores tienen dicho poder, por lo que el poder de compra de determinadas empresas debería tener repercusiones en las demás, de modo que la capacidad de reacción ante la empresa en posición de dominio afecta al mercado en su conjunto.

TEORÍA DEL DAÑO

225. 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.

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

227. La libre participación de las empresas en el mercado;

228. El bienestar de los consumidores;

229. La eficiencia económica.

230. Una concentración tiende a producir una indebida restricción de la libre competencia cuando:

231. 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, para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;

232. Las condiciones de los correspondientes bienes o servicios en el mercado sean tales, que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda producir la determinación de precios inequitativos en perjuicio de los consumidores.

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

234. CONDUCTA DURANTE EL ESTUDIO DE LA SOLICITUD DE PRE-EVALUACIÓN

Cuando el cierre de la operación de concentración dependa de la autorización por parte de la **SIC**, los intervinientes pueden incurrir en ciertas acciones de concertación

durante el estudio de la solicitud de pre-evaluación que pueden considerarse como ilegales por las normas de protección de la competencia y ser causa de sanciones, en la medida en que suponen que los intervinientes actuaron en desarrollo de la concentración sin la respectiva autorización por parte de la SIC.

Algunas de estas acciones pueden incluir las siguientes:

- Compartir información sensible.
- Coordinar estrategias de mercadeo o de ventas.
- Coordinar los precios
- Distribuir clientes, productos o territorios.
- Impartir directrices o instrucciones por parte del adquirente al adquirido. Aplicar planes de negocios conjuntos.
- Referirse clientes entre sí o abstenerse de buscar.

CONDICIONAMIENTOS

235. Si el resultado del análisis de una operación de concentración, 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 pueden ver alteradas como consecuencia de la concentración, sean preservadas y la competencia efectiva se mantenga.

236. Los condicionamientos son obligaciones a las que se comprometen las intervinientes en una operación de concentración económica, con el fin de obtener la aprobación de dicha operación por parte de la **SIC**.

237. Estas obligaciones usualmente comienzan a regir una vez se aprueba la concentración. Sin embargo, la 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.

238. Decisión de condicionar

239. 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. (...)”.

240. 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 concentración, dentro de los 15 días siguientes al momento en el que la **SIC** da inicio a la segunda fase del proceso de la aprobación de la concentración, fase que debe ser informada por la Entidad, vencidos los tiempos establecidos en el numeral 3 del mismo artículo.

241. 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 concentración, incluyendo el recurso de reposición²².

242. Por otra parte, el Superintendente, a partir de los estudios convenientes y de la determinación de los posibles efectos anticompetitivos del mercado de la concentración, podrá establecer las obligaciones y/o condiciones que considere propicias para generar circunstancias que actúen bajo esquemas de efectiva competencia²³.

243. Las propuestas relacionadas con una posible aprobación de

²²Numeral 4 Artículo 10 Ley 1340 de 2009.

²³Artículo 11 Ley 1340 de 2009.

concentración 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 administrativo suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio.

244. *Contenido y consideraciones de los condicionamientos*

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

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

247. Intervinientes: Se deben identificar plenamente las empresas que van a adquirir los compromisos y responderán frente a la **SIC** 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.

248. Tipos de condicionamientos

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

250. 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.

251. En el caso de concentraciones 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 concentraciones horizontales, que el condicionamiento requerido para preservar la competencia sea una “desinversión de activos”.

252. En el caso de las concentraciones 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 concentración o para prevenir problemas de competencia en el futuro.

253. 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.

254. Los 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. Independientemente 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.

255. Cuando las operaciones de concentración 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.

256. *Principales Condicionamientos Estructurales*

257. 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 durable en el tiempo.

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

259. Adicionalmente, los activos deben estar en buen estado para garantizarle al comprador que puedan ser aprovechados en el corto, mediano y largo plazo, y restaurar las condiciones de competencia existentes en el mercado relevante antes de la concentración. La venta de los activos podrá realizarse conjunta o individualmente considerados asegurando que el comprador sea un competidor que esté en condiciones de utilizarlos en condiciones competitivas.

260. 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.

261. 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.

262. 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 contenida la transmisión del conocimiento técnico requerido para poner en funcionamiento los activos.

263. Desinversión de derechos de activos intangibles críticos²⁴: 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.

264. 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.

265. 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.

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

²⁴Un activo crítico es aquel que es necesario para que el comprador compita efectivamente en el mercado relevante definido.

267. Tiempo: El período durante el cual se realizarán las actividades y compromisos adquiridos; esta duración podrá ser prorrogable o fija, dependiendo del condicionamiento propuesto. En casos como por ejemplo la enajenación de un establecimiento o maquinaria, es preciso especificar el tiempo prudente para realizar el respectivo proceso.

268. Condiciones: Los condicionamientos ofrecidos no pueden estar sujetos a ningún tipo de condición y deben ser actividades concretas que puedan ser verificadas.

269. Identificación: Cada uno de los elementos involucrados en los condicionamientos estructurales, bien sean máquinas o materiales, deben estar debidamente identificados dentro de las propuestas.

270. 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 en el que las intervinientes adjuntaran a su condicionamiento, un informe pericial que garantiza el funcionamiento de las máquinas y su precio aproximado en el mercado.

271. 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 para la enajenación de activos, y dentro de ese lapso no se ha logrado la ejecución de lo prometido, se hace necesaria la aplicación de compromisos alternativos en los que, al igual que los principales, su componente principal debe estar

en función de los propósitos de los condicionamientos. Una vez satisfechos los compromisos facultativos, se tendrá como cumplido el condicionamiento.

272. *Principales Condicionamientos de Comportamiento*

273. 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 a través del uso de este tipo de información sensible.

274. 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 concentración, la empresa que se encuentra en el eslabón superior de la cadena no favorezca a la empresa interviniente que se encuentra en el eslabón inferior y discrimine a sus competidores.

275. 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.

276. Órdenes de transparencia: Bajo esta figura, la entidad integrada debe poner a disposición de la autoridad de regulación determinada información que en otras circunstancias no se solicitaría, ampliando el flujo de información a la entidad reguladora para que la empresa integrada no evada la regulación.

277. 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.

278. Prohibiciones de ciertas prácticas en contratos: Son utilizadas especialmente en los casos en que la empresa integrada utiliza los contratos para 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.

279. A pesar de todo lo anterior, la **SIC** 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.

280. Esquema de Seguimiento:

281. Dentro de la propuesta de condicionamientos es relevante tener en cuenta la necesidad de verificación del cumplimiento de los condicionamientos por parte de esta Entidad . 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 **SIC** 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.

282. Algunos criterios que son considerados son:

283. Publicaciones

284. Informes periódicos

285. Disponibilidad de la información

286. Responsabilidades dentro de la organización

287. 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.

288. *Seguimiento de los condicionamientos*

289. El artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, hace referencia a que en el evento en que una concentración 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 de capital humano encargado de la revisión del cumplimiento de los condicionamientos aprobados.

290. 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 definidos. Basado en estas quejas y el esquema de seguimiento, la **SIC** procederá a validar la información necesaria para determinar si efectivamente existió un incumplimiento. En función de esta revisión, las personas encargadas podrán utilizar las facultades conferidas mediante el Decreto 4886 de 2011 a esta Superintendencia, dentro de las cuales se podrán incluir sin limitarse a ellas las siguientes:

291. Visitas administrativas.

292. Revisión de información contable.

293. Requerimientos de información a intervinientes.

294. Requerimientos de información a terceros.

295. Recolección de información digital de las intervinientes.

296. Recepción de testimonios.

297. Todas las actividades que se lleven a cabo para la verificación, deberán contar con toda la disposición

por parte de las intervinientes, así 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.

298. 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 dicho incumplimiento e imponer la sanción respectiva.

La terminación del seguimiento de los condicionamientos tendrá lugar en la fecha que se determine en el acto administrativo por el cual se aprueba una concentración sujeta a condicionamientos, a menos que se decida prorrogar dicho término.

299. 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 de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 de la Resolución No. 10930 de 2015, añadiendo toda la información que consideren pertinente para demostrar que efectivamente las condiciones de mercado han cambiado suficientemente como para reevaluar, modificar o eliminar los condicionamientos actuales. 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.

300. *Contribuciones*

301. El artículo 22 de la Ley 1340 de 2009 establece, entre otras cosas, que las actividades de seguimiento que realiza la **SIC** con motivo de la autorización de una operación de concentración económica condicionada, serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento. Por lo tanto, una vez es

aprobada la concentración 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.