

# GUÍA DE ANÁLISIS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES (TRÁMITES DE PRE-EVALUACIÓN)



**Industria y Comercio**  
SUPERINTENDENCIA



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

**Pablo Felipe Robledo Del Castillo**  
Superintendente de Industria y Comercio

**Jorge Enrique Sánchez Medina**  
Superintendente Delegado para la  
Protección de la Competencia

**Felipe García Pineda**  
**Aura María García Pabón**  
**Carolina Liévano Liévano**  
Asesores Despacho Superintendente  
de Industria y Comercio

**Andrés Pérez Orduz**  
Coordinador Grupo de  
Integraciones Empresariales

**Juan Pablo Herrera Saavedra**  
Coordinador Grupo de  
Estudios Económicos

  
**Industria y Comercio**  
SUPERINTENDENCIA



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

# CONTENIDO

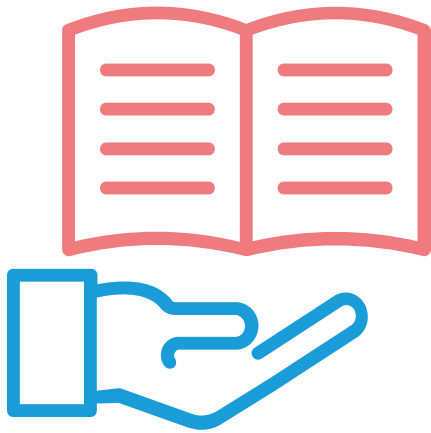
<b>Introducción</b> .....	<b>4</b>
<b>Normatividad aplicable</b> .....	<b>5</b>
<b>Definiciones</b> .....	<b>5</b>
<b>Procedimiento de pre-evaluación</b> .....	<b>8</b>
<b>Control</b> .....	<b>10</b>
<b>Excepción del deber de informar</b> .....	<b>11</b>
<b>Supuestos para informar</b> .....	<b>11</b>
<b>Definición del mercado relevante</b> .....	<b>12</b>
<b>Efectos potenciales de la operación</b> .....	<b>20</b>
<b>Barreras a la entrada</b> .....	<b>25</b>
<b>Competencia potencial</b> .....	<b>26</b>
<b>Poder de negociación de los compradores</b> .....	<b>27</b>
<b>Eficiencias de la operación</b> .....	<b>28</b>
<b>Conductas durante el estudio de la solicitud de pre-evaluación</b> .....	<b>30</b>
<b>Condicionamientos</b> .....	<b>30</b>

# INTRODUCCIÓN

- 1.** La presente Guía de Integraciones Empresariales (en adelante, Guía) tiene por objeto proporcionar una orientación sobre la manera como la Superintendencia de Industria y Comercio (**SIC**) se aproxima al estudio de las solicitudes de autorización de una operación de integración. Asimismo, en el presente documento se presentan los criterios de análisis que en general utiliza la **SIC**, para determinar si con la operación proyectada, podría producirse una indebida restricción de la libre competencia, en los términos de la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y las demás normas concordantes.
- 2.** De conformidad con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, cuando las empresas intervinientes demuestren que cuentan con menos del 20% de participación conjuntamente evaluadas, en cada uno de los mercados coincidentes o en cada uno de los eslabones de la cadena de valor que resulta ser común entre ellas, las integraciones notificadas se entienden automáticamente autorizadas. Por esta razón, en la presente Guía no se aborda en detalle lo referente al trámite de notificaciones.
- 3.** Dadas las particularidades de cada mercado, esta Guía no tiene por objeto resolver todas aquellas cuestiones que se puedan presentar en todos los casos, ni realizar afirmaciones absolutas sobre la interpretación de las normas aplicables. El análisis que hace la **SIC** en materia de integraciones empresariales es de naturaleza dinámica y flexible, atendiendo las particularidades de cada operación. En consecuencia, la presente Guía no incorpora
- principios absolutos y solamente tiene efectos ilustrativos.
- 4.** Mediante los análisis efectuados a una operación de integración, la **SIC** propenderá por la protección de la libre competencia en los mercados afectados con el propósito de garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- 5.** En esta Guía se señalan las diversas fases del procedimiento de evaluación de una operación de integración. Aquellas operaciones de integración en las que desde la Fase I (Evaluación preliminar) no se vislumbren efectos negativos sobre la competencia, serán autorizadas sin necesidad de continuar con la Fase II (Estudio de fondo). Por el contrario, aquellas operaciones de integración en las que de acuerdo con la información disponible no se descarten efectos negativos sobre la competencia, requerirán el paso a la Fase II (Estudio de fondo), con el fin de contar con mayor información que permita un análisis más profundo sobre los potenciales efectos de la operación.
- 6.** En general, la **SIC** desarrolla el análisis de las operaciones de integración en las siguientes etapas: (i) Definición del mercado relevante; (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 en caso de perfeccionarse la operación: efectos unilaterales y coordinados; y (iv) estudio de las eficiencias que contrapesen dichos riesgos. Dependiendo del nivel de complejidad de cada caso, el análisis de la **SIC** podrá omitir una o varias de las etapas antes mencionadas. El análisis se hará caso por caso.

# NORMATIVIDAD APLICABLE

**7.** El procedimiento aplicable es señalado por los artículos 9, 10 y 11 de 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**.



## DEFINICIONES

**8. 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.

**9. Barreras de entrada:** En general, pueden entenderse como factores que retrasan, reducen o impiden la entrada de nuevas empresas a un mercado determinado. En consecuencia, las barreras de entrada pueden facilitar el ejercicio de poder de mercado<sup>1</sup>.

**10. Barreras de expansión:** En general, pueden entenderse como factores que

<sup>1</sup> Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 29937 de 2010.

retrasan, reducen o impiden el crecimiento de quienes compiten en un determinado mercado. Al igual que las barreras de entrada, la existencia de barreras de expansión puede facilitar el ejercicio de poder de mercado.

**11.** Es posible clasificar las barreras de entrada y de expansión en dos categorías:

**- Barreras estructurales:** Surgen de las condiciones básicas del mercado como los costos, la demanda, la tecnología requerida, entre otras. Algunos ejemplos de la existencia de barreras estructurales son: (i) La existencia de economías de escala; (ii) la existencia de altos costos hundidos y de lenta recuperación; (iii) la existencia de un competidor (o un grupo reducido) que controla un activo esencial e irremplazable para la producción de un bien o servicio; (iv) cuando competidores del mercado tienen acceso a una tecnología superior, de difícil acceso para un competidor entrante o para competidores rezagados; y (v) cuando existen economías de red en el mercado.

**- Barreras legales:** En general corresponden a disposiciones gubernamentales como la exigencia de licencias de operación, la protección de derechos de propiedad intelectual, límites a la participación de las empresas en el mercado, entre otras.

**12. Cadena de valor:** En los términos de la Resolución No. 10930 de 2015 es el:

*“(...) conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De*

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

**13. Integración horizontal:** Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que compiten en el mismo eslabón de una cadena de valor, en un mismo mercado relevante.

**14. Integración vertical:** Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que participan en diferentes eslabones de una misma cadena de valor.

**15. 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”.*

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<sup>2</sup>.

**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

<sup>2</sup> Ver integración Isagen/EEB, Resolución No. 5545 de 2014 y Resolución No. 32185 de 2014.

generalmente utilizadas corresponden, entre muchas otras, al valor de las ventas, volumen de las ventas, capacidad de producción, volumen y/o valor de importaciones y número de clientes.

**17. Deber de informar:** Obligación prevista en la Ley 1340 de 2009, según 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 realizar una integración, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada. El deber de informar puede darse en una de dos modalidades: (i) Notificación; y (ii) solicitud de pre-evaluación.

**18. Empresa:** La noción jurídica de empresa se establece en el artículo 25 del Código de Comercio en los siguientes términos:

*“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”.*

**19. Forma jurídica de una integración:** Hace referencia a la modalidad o vehículo jurídico a través del cual se materializa un cambio en la situación de control de una o más empresas, líneas de negocio y/o activos. Puede ser, por ejemplo, una adquisición de acciones, compra de activos, fusión, escisión, creación de una empresa, alianzas empresariales, contratos de franquicia, entre otras.

**20. Grupo empresarial:** De acuerdo con 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. 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 esta ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo del objeto social o actividad individual de cada una de las empresas<sup>3</sup>. En todo grupo empresarial se infiere la unidad de control.

### **21. Intervinientes en una integración:**

En los términos de la Resolución No.10930 de 2015, deben entenderse como 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”.*

La definición de interviniente debe ser entendida, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, como “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.

**22. Mercado relevante:** Mercado en el que se afectaría la competencia como consecuencia de la operación de integración. Está compuesto por el mercado de producto

<sup>3</sup> Superintendencia de Sociedades. Resolución No. 2467 del 18 de septiembre de 1997.

y el mercado geográfico. Cuando se hace referencia al mercado de producto, este concepto incluye los bienes o servicios coincidentes de las intervinientes, o aquellos que pertenezcan a una misma cadena de valor.

**23. Notificación:** Una de las modalidades del deber de informar previsto en la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, consistente en la obligación de notificar a la **SIC**, previo a su perfeccionamiento, una operación de integración que cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y en la cual las empresas intervinientes cuenten en conjunto con menos del 20% en cada uno de los mercados involucrados.

**24. 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 agente económico no obtenga ingresos en el mercado involucrado, exista evidencia de que cuente con la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras) y haya ejecutado acciones que le permitan a la Autoridad considerar que realizará transacciones y obtendrá ingresos en dicho mercado en el futuro cercano <sup>4</sup>.

**25. Producto:** En los términos del numeral 6 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es “todo bien o servicio”.

<sup>4</sup> Ver integración Éxito/Super Inter, Resolución No. 54416 de 2014 y caso Alienergy/Molinos Roa/Molinos Florhuila, Resolución No. 3703 de 2013.

**26. Solicitud de pre-evaluación:** Una de las modalidades del deber de informar previsto en la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, consistente en la obligación de presentar una solicitud de autorización a la **SIC**, de manera previa al perfeccionamiento de una operación de integración, cuando se cumplan los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y las empresas intervinientes cuenten en conjunto con más del 20% de cada uno de los mercados involucrados.

**27. Sustituibilidad de la demanda:** Medida del grado en que los productos son considerados intercambiables por el consumidor o usuario, porque presentan características similares, satisfacen las mismas necesidades y tienen precios similares. La sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda determina los productos que generan una presión competitiva hacia una empresa respecto de un bien determinado, lo cual podría disminuir o incrementar el efecto restrictivo de una integración, según sea el caso.

**28. Sustituibilidad de la oferta:** La sustituibilidad de la oferta mide el grado en que otros actores estarían en condiciones de transformar su producción actual, en corto plazo y con costos razonables, y dirigirla hacia los productos que hacen parte del mercado relevante.

## PROCEDIMIENTO DE PRE-EVALUACIÓN

### Etapas

#### Fase I. Evaluación preliminar:

**29.** Esta etapa tiene una duración máxima de 30 días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de pre-evaluación completa por parte de las intervinientes. Una vez radicada la solicitud, la **SIC** tiene 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud, para ordenar la publicación de la operación de integración presentada en la página web de la Entidad, siempre y cuando considere que la información allegada está completa, en los términos del numeral 2.2 de la Resolución No. 10930 de 2015.

**30.** Las intervinientes podrán solicitar a la **SIC**, antes de la presentación de la solicitud de pre-evaluación, la realización de una reunión preliminar para la revisión de las condiciones de la operación y la documentación requerida. Lo anterior, con el fin de brindar orientación y facilitar la presentación posterior de la operación, para dar inicio a un trámite de pre-evaluación.

**31.** La reunión preliminar será coordinada por el Grupo de Integraciones Empresariales, previa solicitud de las intervinientes realizada con cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha propuesta para su celebración.

**32.** La mencionada reunión preliminar, no exige a las empresas del cumplimiento de lo dispuesto en la Guía de Pre-evaluación contenida en el Anexo 1 de la Resolución No. 10930 de 2015. Asimismo, la realización de



la misma no tiene incidencia alguna en los tiempos previstos en la Ley 1340 de 2009 para adelantar trámites de pre-evaluación, pues esta se llevaría a cabo antes de su inicio, sin comprometer de manera alguna los términos con los que cuenta la **SIC** para su análisis y decisión.

**33.** Surtido el trámite de la publicación en la página web de la Entidad, quien lo considere pertinente contará con diez (10) días hábiles para allegar a la Entidad las respectivas observaciones o comentarios que surjan respecto de la integración que se pretende realizar.

**34.** Los plazos anteriores no interrumpen el término para efectos del pronunciamiento final de la Entidad.

### **Fase II. Estudio de fondo:**

**35.** Si dentro de los treinta (30) días hábiles previstos para la primera fase, la **SIC** no cuenta con elementos suficientes que permitan otorgar la autorización sin condicionamientos a una operación de integración, bien porque la información recaudada no permite descartar potenciales restricciones indebidas de la competencia derivadas de la operación, o porque de la evidencia recabada se desprenden eventuales preocupaciones en materia de competencia, la **SIC** dará paso a la segunda fase del trámite y así lo comunicará a las intervinientes.

**36.** Esta fase está prevista para que la **SIC** recaude información adicional, que pueda considerarse útil para efectos de profundizar el análisis de la operación proyectada. El término previsto para la segunda fase es de

tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha en que haya sido recibida la totalidad de la información solicitada en el oficio enviado por la **SIC** donde se informa a las intervinientes el inicio de la segunda fase.

**37.** En caso de que durante el estudio de fondo de una operación de integración la **SIC** considere necesario requerir a las intervinientes información adicional a la solicitada, en el oficio enviado por la **SIC** donde se informa a las intervinientes el inicio de la segunda fase podrá efectuar un requerimiento de información, caso en el cual la respuesta completa que den las intervinientes al mismo dará paso al conteo de los tres (3) meses calendario que tiene la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado.

**38.** Sin perjuicio de lo anterior, la **SIC** podrá realizar requerimientos de información adicionales en el transcurso del estudio de fondo de una integración, tanto a las intervinientes como a terceros. Estos requerimientos adicionales no interrumpirán ni reiniciarán el término de tres (3) meses con los que cuenta la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado.

**39.** En caso de que las intervinientes aportaran la totalidad de la información señalada en los anexos 1 y 2 de la Resolución No. 10930 de 2015 desde el inicio del trámite de pre-evaluación, y no fuera necesario requerir información adicional para el estudio de fondo de la integración, los tres (3) meses que tiene la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado, contarían a partir de la fecha de comunicación a las intervinientes del oficio donde se informa el inicio de la segunda fase.

## CONTROL

**40.** El régimen de protección de la competencia define el concepto de control en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 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.

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

**42.** 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.

### Tipos de Control

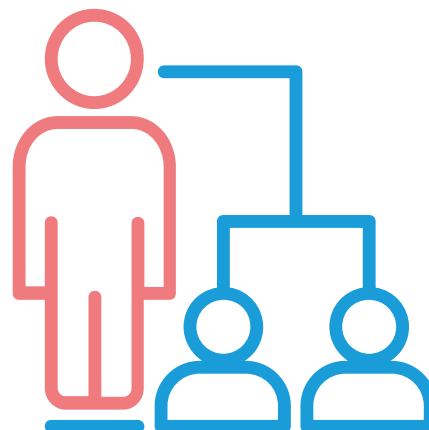
**43.** Existen diferentes tipos de control, dependiendo de las condiciones particulares de cada agente del mercado. El control puede ser exclusivo o conjunto, dependiendo de si el mismo se ejerce de manera individual o mediante dos (2) o más empresas. De igual forma, el control puede ser positivo o negativo, dependiendo de si se cuenta con la facultad de determinar las decisiones que afectan el desempeño competitivo de la empresa o de vetar las decisiones estratégicas que afecten

materialmente el desempeño competitivo de las empresas<sup>5</sup>.

**44.** No todos los tipos de control suponen que el accionista controlante y la empresa controlada puedan considerarse como un solo agente económico 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 económico para el derecho de la competencia.

**45.** 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.

<sup>5</sup> Ver integración Isagen/EEB, Resolución No. 5545 de 2014 y Resolución No. 32185 de 2014.



# EXCEPCIÓN DEL DEBER DE INFORMAR

**46.** 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 artículo 261 del Código de Comercio, estarán exentas del deber de notificación e información ante la **SIC**, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No.10930 de 2015.

## SUPUESTOS PARA INFORMAR

**47.** 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 integraciones empresariales. Sin embargo, los sujetos que se entienden sometidos al régimen de integraciones empresariales no son sólo empresas, sino también otro tipo de sujetos, como por ejemplo: las personas jurídicas de cualquier tipo legalmente constituidas en Colombia, las personas jurídicas extranjeras que realizan actividades de carácter contractual, o poseen bienes o derechos reales en el territorio colombiano o con efectos en el mismo, 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.

**48.** Se entenderá que estos sujetos se

encuentran cobijados por la norma, en la medida en que las operaciones comerciales deban surtirse en territorio colombiano o sus efectos se materialicen en Colombia. Así las cosas, las empresas que proyecten llevar a cabo una integración económica, sin importar la forma jurídica de la misma, deberán informarla a la **SIC**, cuando se cumplan los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y que son:

(i) El supuesto subjetivo.

(ii) El supuesto objetivo.

### Supuesto subjetivo

**49.** El supuesto subjetivo está relacionado con: (i) Aquellos participantes del mercado que realizan una misma actividad económica, esto es, si producen o comercializan los mismos bienes, o prestan el mismo tipo de servicio; y (ii) aquellos participantes que pertenecen a una misma cadena de valor<sup>6</sup>, en los términos previstos en esta Guía.

**Supuesto objetivo** (Test de activos e ingresos operacionales)

**50.** El supuesto objetivo hace referencia al umbral, medido en ingresos operacionales o activos totales de las intervinientes, a partir del cual surge la obligación de informar una operación de integración empresarial. Son dos los requisitos, advirtiéndose que sólo es necesario cumplir con uno de los dos requisitos anteriormente expuestos para satisfacer el elemento objetivo<sup>7</sup>:

**a)** Que las empresas intervinientes,

<sup>6</sup> Artículo 9, Ley 1340 de 2009.

<sup>7</sup> En el caso de compañías extranjeras las cifras de activos e ingresos operacionales se calculan en pesos con el cambio oficial a la fecha de elaboración del estado financiero correspondiente.

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**.

**51.** Para determinar los ingresos operacionales y los activos totales, únicamente se tendrán en cuenta aquellos obtenidos o ubicados en territorio nacional, tanto por las empresas intervinientes, como por aquellas empresas que cumplan las siguientes condiciones: (i) Se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y (ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

**52.** Cuando las empresas intervinientes participen en el mercado colombiano exclusivamente a través de exportaciones hacia Colombia, y no tengan ingresos operacionales o activos totales en el territorio nacional, se deberán contabilizar los activos totales e ingresos operacionales de dichas empresas en el extranjero, y los de aquellas que cumplan las siguientes condiciones: i) se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

**53.** Por otro lado, la norma establece un tercer umbral que no hace parte de los supuestos, pero que determina el trámite que las intervinientes deberán adelantar ante la **SIC**.

**54.** Cuando las intervinientes en la operación tienen en conjunto el 20% o más del mercado relevante, tendrán el deber de informar a la **SIC**, mediante el trámite de pre-evaluación, la operación para efectos de poder integrarse. En caso contrario, si bien la operación se entiende autorizada, las empresas deberán informar a la **SIC** previamente la operación, mediante el trámite de notificación.

**55.** Así las cosas, las operaciones deberán ser informadas mediante el trámite de pre-evaluación, 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.

**56.** Una vez informada la operación, la **SIC** podrá aprobarla, objetarla o condicionarla.

**57.** Las operaciones deberán ser notificadas 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), 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

**58.** 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 integración 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 empresas que se están integrando e incluir aquellas fuentes que los participantes del mercado consideran su competencia. La definición del mercado relevante es propia de los trámites de autorización de integraciones empresariales y puede no realizarse por parte de la autoridad en otras actuaciones administrativas, como por ejemplo, en investigaciones sancionatorias por casos de cartelización empresarial.

**59.** La definición del mercado relevante se realiza desde dos perspectivas: (i) La dimensión desde el punto de vista del producto, y (ii) la dimensión geográfica. La dimensión del mercado producto se refiere al grupo de productos que los consumidores consideran sustitutos cercanos, mientras

que la dimensión geográfica hace referencia 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 con efectos en Colombia.

### **Mercado relevante de producto**

**60.** En primera instancia, se determina el sector donde los participantes del mercado desarrollan su actividad, con el fin de realizar un diagnóstico general sobre las características del mercado donde se localizan. Es importante “conocer el negocio” en el cual las empresas desarrollan su actividad para entender su comportamiento y el de sus competidores.

**61.** Para identificar el mercado de producto se tienen en cuenta fundamentalmente factores del lado de la demanda. Adicionalmente, se analizan otras características del mercado que eventualmente pueden incidir en la determinación del precio.

### *Consideraciones del lado de la demanda*

**62.** Es importante contar con la mayor información posible proveniente 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.

**63.** 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.

**64.** 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 (test del monopolista hipotético).

### **Características del producto o tipo de servicio prestado**

**65.** 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 <sup>8</sup>, 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 hacen 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.

**66.** Al tratarse de un servicio, en la definición del mercado relevante de producto,

<sup>8</sup> Por ejemplo para el análisis de integraciones del sector farmacéutico.

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

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

**67.** 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 encuestas a consumidores.

### **Precio del producto**

**68.** Existen diferentes herramientas cualitativas y cuantitativas que permiten analizar el comportamiento de los precios de los productos.

**69.** Una de ellas es la estimación de elasticidades 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.



**70.** 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.

**71.** 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<sup>9</sup>.

**72.** 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 integración.

**73.** 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 integración, sugiere que no hacen parte del mismo mercado relevante de producto.

**74.** Sin embargo, es necesario advertir que esta evidencia es indicativa, más no suficiente, para determinar si dos productos

<sup>9</sup> Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 29937 de 2010 e integración Pepsi/Postobón, Resolución No. 79716 de 2015.

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.

**75.** 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.

**76.** También debe tenerse en cuenta al momento de analizar los precios que el precio observado no se encuentre ya distorsionado por el ejercicio previo de un poder de mercado.

Si este fuere el caso, las conclusiones sobre el comportamiento del mercado ante un aumento en precios podrían ser incorrectas.

#### *Otras características del mercado*

**77.** 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, entre otros.

**78.** La competencia indirecta se refiere a aquellos productos que no son sustitutos directos, pues están dirigidos a satisfacer las mismas necesidades del consumidor final.

**79.** Respecto de los mercados de dos lados, es necesario incluirlos en la definición del mercado relevante, toda vez que en estos 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 la mencionada plataforma, de tal forma que permita que los usuarios de dos bienes o servicios se encuentren<sup>10</sup>.

**80.** Los productos secundarios o conexos son aquellos que son adquiridos como consecuencia de la compra de un producto primario<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Los periódicos son un ejemplo de mercado de dos lados ya que, además de ser un elemento informativo para un grupo de consumidores (lectores), son también un espacio de publicidad y propaganda para otro tipo de consumidores (anunciantes).

<sup>11</sup> Por ejemplo, el mercado de repuestos automotrices es conexo al mercado de la venta de carros, toda vez que un consumidor acude al mercado de repuestos automotrices en la medida en que debe reparar un vehículo.



**81.** Finalmente, las limitaciones asimétricas implican que no en todos los casos bajo estudio el mercado relevante es el mismo, lo anterior debido a que, en algunos mercados de bienes y servicios donde dos bienes pertenecen al mismo mercado relevante, el primero resulta ser un buen sustituto del segundo, pero no al contrario<sup>12</sup>.

**82.** La **SIC** definirá cuidadosamente el mercado relevante con el fin de delimitar de la forma más precisa el marco en el cual se realiza el análisis que permite determinar si en virtud de la operación, el ente integrado puede influir de manera significativa en las condiciones de venta, especialmente al imponer precios y/o limitar la producción, distribución o prestación del servicio.

### **Mercado relevante geográfico**

#### *Integraciones horizontales*

**83.** La definición del mercado relevante geográfico consiste en determinar el área mínima necesaria para que las empresas, actuando hipotéticamente como una sola, 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 los participantes del mercado 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.

---

<sup>12</sup> Por ejemplo, en los mercados de telecomunicaciones como la telefonía móvil y la fija, el primero resulta ser un buen sustituto de la segunda pero no al contrario.

**84.** 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.

**85.** Para una correcta definición de los límites del mercado geográfico, se tendrá en cuenta la participación de las empresas en las áreas analizadas y el comportamiento pasado de los consumidores. Es importante analizar las características físicas del producto<sup>13</sup>, costos de cambio<sup>14</sup>, costos de transporte, precios relativos de los productos, patrones de carga y bodegaje, frecuencia de despacho, competencia de importaciones o del exterior, entre otros aspectos<sup>15</sup>.

**86.** Adicionalmente, la **SIC** analizará la presión competitiva que ejerce el mercado externo en los bienes transables. Para lo anterior se podrá obtener 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, de ser necesario, se evaluará si existen demoras en la entrega, volumen mínimo, pagos anticipa-

---

<sup>13</sup> Son aquellos factores o atributos propios de un bien o producto que determinan sus usos. Adicionalmente también permiten diferenciarlo de otros bienes. Entre las características físicas de los productos podemos encontrar: presentación, diseño, forma, percibibilidad, marca, etc.

<sup>14</sup> Los costos de cambio se refieren a aquellos costos en que incurren los consumidores cuando cambian los productos que en la actualidad consumen por productos que son ofrecidos en otras áreas geográficas. Dentro de este concepto se tienen en cuenta tanto el valor de los productos como el tiempo en que incurren los consumidores para realizar el cambio.

<sup>15</sup> Ver integración Éxito/Cafam, Resolución No. 38171 de 2010; Integración Bodytech/Nordic Fitness, Resolución No. 43425 de 2017 e Integración Terpel/EDS Las Vegas, Resolución No. 30853 de 2015.

dos 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.

### *Integraciones verticales*

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

**88.** 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.

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

### *Competidores y cuotas de participación*

**90.** Una vez definido el mercado relevante e

identificados los competidores que participan en éste, se procede a calcular las cuotas de participación.

**91.** Para el cálculo de las participaciones se deberán verificar las cifras de valor de las ventas, volumen de ventas o cualquier otra variable que se considere adecuada<sup>16</sup>, dependiendo del mercado, de al menos el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizará la operación de integración.

**92.** Así mismo, se tendrán en consideración los siguientes factores:

**93.** Grado de diferenciación y sustituibilidad de los productos y servicios: en integraciones horizontales, si los productos son homogéneos y los proveedores utilizan sistemas de producción similares, una de las variables utilizadas para efectuar dicho cálculo es la capacidad instalada. En productos diferenciados por su calidad o su precio, sería más apropiado el cálculo con base en los ingresos por ventas.

**94.** Análisis dinámico de las cuotas: se analizarán las variaciones de las cuotas de mercado en un periodo de tiempo significativo. El objeto de comparar la cuota de mercado de las empresas antes y después de la operación es medir el impacto en el nivel de concentración que se da con la operación de integración.

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

<sup>16</sup> Las variables generalmente utilizadas son: producción, ventas en unidades, valor de ventas, capacidad instalada, número de superficies, área de superficie, número de clientes, etc.

**96.** Tamaño relativo de las empresas: es importante tener en consideración la diferencia entre las cuotas de participación de las empresas que proyectan la integración 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).

*Análisis de las cuotas de participación*

**97.** 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 integración. Así, si como consecuencia de la operación planteada la estructura del mercado no se modifica sustancialmente, en principio no sería necesario un análisis más detallado que incluya barreras a la entrada y otros factores.

**98.** Incluso si el mercado se concentra como consecuencia de la integración, 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.

**99.** En las integraciones verticales se realizará el análisis de las cuotas de participación

para cada uno de los mercados relevantes involucrados en la operación. En el eslabón superior de la cadena, se determinarán las cuotas de participación de las empresas proveedoras de insumos incluyendo las importaciones, 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 integración.

**100.** De otra parte, para evaluar si una integración podría reforzar o crear una posición de dominio, se utilizan indicadores que describen tanto el número como el poder de mercado relativo de los agentes. El índice comúnmente utilizado es el Índice Herfindahl-Hirschman (IHH)<sup>17</sup>, 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 integración del mercado.

**101.** Otros índices de concentración utilizados son: Número de Empresas Equivalentes

<sup>17</sup> Se calcula a partir de la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de las firmas que lo componen.

$$IHH = \sum_{i=1}^N s_i^2$$

Donde  $s_i$  es la participación porcentual de mercado de la firma  $i$  y  $N$  es el número de firmas presentes en el mercado. El IHH toma valores entre 0 (correspondiente a un mercado en competencia perfecta) y 10000 (que se obtiene cuando el mercado es un monopolio). De acuerdo al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio, niveles superiores a 2500 corresponden a mercados altamente concentrados. Para mayor detalle ver: Herfindahl, O. Concentration in the U.S. Steel Industry (Doctoral Dissertation). Columbia University, 1950; Hirschman, A. National Power and the Structure of Foreign Trade. Berkeley: University of California Press, Bureau of Business and Economic Research, 1945; y, U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. (2010). Horizontal Merger Guidelines.

(NEE)<sup>18</sup>, los índices LÍDER, CR2 y CR4. El indicador LÍDER 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.

**102.** Adicionalmente, la **SIC** también utiliza el índice de asimetría de KWOKA<sup>19</sup> y el índice de dominancia de STENBACKA<sup>20</sup>, entre otros.

**103.** 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,

**18** El Número de Empresas Equivalentes consiste en el número de empresas de igual tamaño que generarían un valor determinado del IHH. Si el número de empresas existentes en el mercado analizado es mayor, entonces el valor del IHH obtenido se puede explicar por la desigualdad existente entre los tamaños de las empresas de la industria. Se calcula de la siguiente manera:

$$NEE = \frac{1}{IHH}$$

**19** 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  $S_i$  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 respecto ver: Kwoka. John, "Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries", Southern Economic Journal, Vol. 44, No. 1 (Jul., 1977), págs.183-189.

**20** La fórmula para calcular el umbral de STENBACKA es la siguiente:

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

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

cuando las participaciones de las firmas convergen, el valor del índice tiende a cero, independientemente de la cantidad de empresas en el mercado.

**104.** 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.

**105.** 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

### Integraciones horizontales

*Efectos unilaterales con productos homogéneos*

**106.** Los efectos de una operación de integración están vinculados al tipo de operación que se analiza. Así, para las integraciones horizontales, el primer efecto que puede producirse es la disminución en el número de competidores en el mercado relevante y el desincentivo a la entrada de competidores potenciales. Igualmente,

como consecuencia de la integración, puede reforzarse la capacidad de una o de varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes 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:

- La reducción de la competencia: esta se da cuando, como producto de la integración, se elimina a un competidor fuerte del mercado.
- Un alto nivel de concentración luego de la integración.
- El aumento notable de la distancia entre el líder y su inmediato competidor (dominio relativo).
- La capacidad de influenciar los precios (que puede medirse con los márgenes entre precios y costos - Price cost margins).
- El aumento de las barreras a la entrada.
- La variación sustancial en los niveles de concentración.
- El incremento de los costos de cambio (switching costs) de los consumidores y compradores.
- La reducción de probabilidades de entrada de nuevos competidores.

*Efectos unilaterales con productos diferenciados*

**107.** En el caso de productos diferenciados, los efectos generados se traducen en que las

empresas pueden obtener un mayor beneficio derivado de la discriminación de precios, al tener luego de la integración, el control conjunto sobre el precio de los productos. De esta manera se logra fijar un mayor precio para aquellos consumidores que estén dispuestos a pagar más, conforme con su precio de reserva<sup>21</sup>. El riesgo que tenían las empresas antes de la integración, de perder ventas por el aumento del precio, se reduce como consecuencia de la integración al disminuir el número de competidores donde pueden acudir los consumidores que no estén dispuestos a pagar dicho precio. En el mismo sentido, si hay menos productos sustitutos simétricos y asimétricos, los beneficios para las firmas integradas serán mayores.

**108.** Cuando los productos de las intervinientes compiten cercanamente y son diferenciados -ya sea por marca, calidad o cualquier otra variable- es probable que la operación de integración conduzca a 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.

**109.** Los efectos unilaterales pueden surgir dado que un incremento del precio de un bien sería menos costoso bajo el escenario post-integración, donde ambos productos pertenecen a la misma persona jurídica o natural. Sin la operación de integración sería costoso para una de las firmas intervinientes incrementar el precio de su producto; un aumento en el precio de uno de los bienes desviaría a los consumidores hacia los productos producidos por la otra

<sup>21</sup> Cantidad máxima que el comprador está dispuesto a pagar por un bien.

empresa interviniente y por las otras firmas competidoras. Así las cosas, el costo para una empresa de incrementar el precio de su bien en un escenario pre-integración está compuesto por dos elementos, a saber:

- La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda al producto ofrecido por la otra empresa interviniente; y
- La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda a los productos ofrecidos por las empresas competidoras.

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

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

**112.** Sustituibilidad: si los productos de las intervinientes son sustitutos cercanos, es más probable que surjan efectos unilaterales como resultado de la integración. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ente integrado estará en capacidad de recuperar una porción significativa de las ventas que se desvían hacia otros bienes, en respuesta al incremento en el precio de uno de los productos de las firmas integradas. La razón de desviación<sup>22</sup> (diversion ratio) del bien de una de las intervinientes hacia el bien de la otra interviniente, es un

<sup>22</sup> La razón de desviación entre el bien A y el bien B representa la porción de las ventas que se desviarían hacia el bien B (en contraposición

indicador útil para analizar la habilidad del segundo producto en limitar el precio del primero.

**113.** 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.

**114.** 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 integración 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.

**115.** La respuesta potencial de los competidores de las intervinientes ante cualquier intento de éstas de elevar el precio,

a los bienes C, D, E, etc.) como la segunda mejor opción del consumidor, ante un incremento en el precio del bien A.



también será considerada por la **SIC** en su evaluación.

### *Efectos coordinados*

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

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

- Un número reducido de empresas, ya que la coordinación es más fácil en la medida en que disminuye el número de agentes a coordinar.
- Las estructuras de mercado oligopólicas con altos niveles de incertidumbre.
- Las cuotas de participación similares y las condiciones de competencia homogéneas.
- Los productos homogéneos y no durables.
- La facilidad para detectar empresas que no hagan parte de la coordinación y aplicación de retaliaciones para ellas.
- El tener incentivos para coordinarse.
- La existencia de altas barreras a la entrada.
- Ausencia de pequeñas firmas.
- Inelasticidad de la demanda.
- Demanda del mercado desconcentrada y

decreciente en el tiempo.

- Las firmas principales venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución.
- La competencia en precios es la más importante.
- Alta proporción de costos fijos frente a costos variables.

**118.** 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, la **SIC** podrá identificar y priorizar los criterios más relevantes para la industria afectada por la operación de integración<sup>23</sup>.

### **Integraciones verticales**

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

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

**120.** En cuanto a los efectos unilaterales de las integraciones 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 otro eslabón de la cadena. La anterior situación ocurre si, por ejemplo, las empresas intervinientes que elaboran materias primas

<sup>23</sup> Ver integración Yara/Abocol, Resolución No. 54049 de 2014.

incrementan su costo para favorecer a las empresas intervinientes ubicadas en el eslabón inferior de la cadena de valor al obstruir a otros competidores o restringir su acceso al mercado. 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 puede darse 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.

**121.** Para medir el efecto unilateral de las integraciones 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 integración vertical. Igualmente, se analizará el número de oferentes de dichos insumos y su procedencia. Si existe oferta suficiente de insumos, el incentivo para que las empresas integradas restrinjan la oferta o aumenten los precios de tales insumos se verá reducido.

**122.** También es 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.

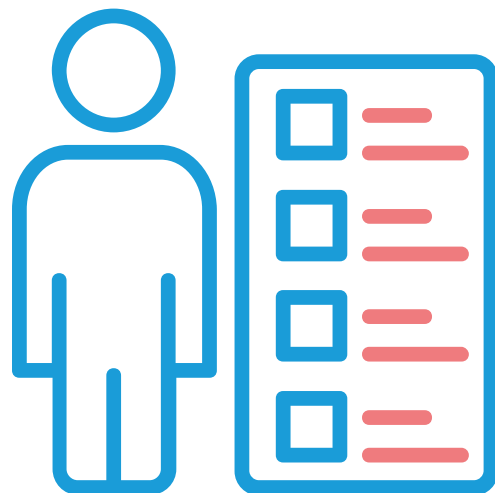
**123.** En resumen, los factores que se tendrán en cuenta para medir si existe un efecto unilateral en las integraciones verticales son:

**124.** 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.

**125.** 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.

*Efectos coordinados de las integraciones verticales*

**126.** Una integración 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.





**127.** 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.

## BARRERAS A LA ENTRADA

**128.** La etapa de análisis de barreras a la entrada 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.

**129.** Se identificarán las barreras que puedan impedir, obstaculizar o retrasar la entrada de competidores al mercado relevante, analizando las barreras de tipo estructural -que son de aplicación general para las empresas intervinientes y sus competidores<sup>24</sup> 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.

**130.** 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

<sup>24</sup> Ejemplo de barreras estructurales son: los requerimientos tecnológicos, capacidad de producción medida a través de la escala mínima de producción y/o distribución requerida, inversión en infraestructura, etc.

pueden ser controladas. Incluyen por ejemplo la existencia de firmas con ventajas en costos, diferenciación de productos, imagen de marca, necesidades de capital e inversión inicial, costos de cambio, acceso a canales de distribución, economías de escala, barreras legales, etc.

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

**132.** 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:

**133. Barreras legales:** se considera como barreras legales aquellas que se generan a través de normas que crean una desventaja de costos para las empresas que desean entrar al mercado, tales como permisos, licencias, entre otras.

**134. 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 negocio<sup>25</sup>.

**135. 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

<sup>25</sup> Los costos hundidos endógenos 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.

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.

**136. 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.

**137. 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.

**138. 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.

**139. Costos de transporte:** las repercusiones de los altos costos de transporte limitarán, generalmente, la dimensión del mercado geográfico. 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 pueden constituir obstáculos que aíslen una zona geográfica de la presión competitiva de empresas localizadas fuera de ella.

**140. Acceso a fuentes de abastecimiento:** el acceso a fuentes de abastecimiento hace referencia a los vínculos que tienen los participantes del mercado, 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.

**141.** 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<sup>26</sup>.

## COMPETENCIA POTENCIAL

**142.** Si bien algunas autoridades de competencia en otras jurisdicciones tienen en cuenta la sustituibilidad de la oferta al momento de definir el mercado relevante, esta Superintendencia toma en consideración dicho concepto en caso de requerir un análisis de barreras de entrada y competencia potencial.

<sup>26</sup> Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 29937 de 2010.

**143.** Se tienen en cuenta aquellas empresas que si bien no son competidoras 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 ofrecer los productos o brindar los servicios involucrados en la operación de integración.

**144.** 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 integración, neutralizando un eventual aumento de precios. Con base en la descripción de los procesos productivos de las empresas, para el caso de empresas prestadoras de servicios se analizará la capacidad instalada en locaciones e infraestructura física adecuada para la prestación del servicio, pero el concepto de capacidad productiva aplica específicamente a empresas productoras y abastecedoras<sup>27</sup>.

**145.** 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.

**146.** 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 integración son:

- La información sobre costos de ajuste del proceso productivo y beneficios marginales variables que dichas empresas obtendrían.
- La información sobre el proceso de producción, etapas del mismo que sean comunes para diferentes productos y la capacidad de producción excedentaria que se generaría.
- 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.
- La evidencia de cambios frecuentes en la capacidad de producción ante variaciones de precios y rentabilidad.
- La evidencia de márgenes de ganancia similares para productos diferentes.

## PODER DE NEGOCIACIÓN DE LOS COMPRADORES

**147.** La capacidad de las empresas de afectar las variables económicas del mercado luego de la integración 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.

<sup>27</sup> Ver integración Éxito/Cafam, Resolución No. 38171 de 2010 e Integración Éxito/Super Inter, Resolución No. 54416 de 2014.

# EFICIENCIAS DE LA OPERACIÓN

**148.** 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.

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

- La libre participación de las empresas en el mercado;
- El bienestar de los consumidores;
- La eficiencia económica.

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

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



## “Artículo 12. Excepción de Eficiencia.

Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

*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”.

**152.** Los tipos de eficiencia pueden dividirse en: (i) Eficiencias del lado de la oferta y; (ii) eficiencias del lado de la demanda.

#### *Eficiencias del lado de la oferta*

**153.** Las eficiencias del lado de la oferta se producen cuando, como consecuencia de la integración entre firmas, el ente integrado 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 (doble beneficio, para el productor y para el distribuidor y/o comercializador), la reducción de la falta de incentivos para la inversión y el reposicionamiento de productos.

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

**155.** En lo que respecta a la doble marginalización, las integraciones verticales pueden conducir a mejorar los niveles de eficiencia al integrar en una sola, las diversas etapas de producción, evitando la doble marginalización.

**156.** De igual forma, las integraciones verticales pueden incentivar la inversión. 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.

**157.** 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.

#### *Eficiencias del lado de la demanda*

**158.** Por su parte, las eficiencias del lado de la demanda se presentan cuando, como resultado de la integración, crece el incentivo de los consumidores de adquirir los productos ofrecidos por el ente integrado, 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, el efecto portafolio y el “one-stop shopping”.

**159.** Un beneficio al que puede conducir una integración vertical es la reducción de los costos de transacción para el consumidor, al tener que negociar con una sola empresa.

**160.** 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.

**161.** En los casos en que se adviertan posibles efectos anticompetitivos y las eficiencias son cuantitativamente demostrables y superiores a dichos efectos, se analiza la posibilidad de aprobar la integración con condicionamientos. De lo contrario deberá objetarse.

## CONDUCTA DURANTE EL ESTUDIO DE LA SOLICITUD DE PRE-EVALUACIÓN

**162.** Cuando el cierre de la operación de integración 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 integración sin la respectiva autorización por parte de la **SIC**.

**163.** Algunas de estas acciones pueden incluir las siguientes: (i) Coordinar estrategias de mercadeo o de ventas; (ii) coordinar los precios; (iii) distribuir clientes, productos o territorios; (iv) impartir directrices o instrucciones por parte del adquirente al adquirido; (v) aplicar planes de negocios conjuntos; (vi) referirse clientes entre sí o abstenerse de buscar; y (vii) compartir información sensible diferente de la necesaria para la negociación de la integración.



## CONDICIONAMIENTOS

**164.** Si el resultado del análisis de una operación de integración, luego del estudio del contrapeso de sus posibles efectos anticompetitivos frente a 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 integración sean preservadas y la competencia efectiva se mantenga.

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

**166.** Estas obligaciones usualmente comienzan a regir una vez se aprueba la integración. Sin embargo, la **SIC** 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.

### Decisión de condicionar

**167.** 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. (...)”.*

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

**169.** No obstante, dado el carácter opcional que el mismo legislador estableció para el ofrecimiento de condicionamientos, las intervinientes conservan la posibilidad de presentar su propuesta de acciones y/o comportamientos durante cualquier parte del proceso de aprobación de la integración, incluyendo el recurso de reposición<sup>28</sup>.

**170.** Por otra parte, el Superintendente de Industria y Comercio, a partir de los estudios respectivos y de la determinación de los posibles efectos anticompetitivos en el mercado de la integración, podrá establecer las obligaciones y/o condiciones que considere propicias para generar esquemas de efectiva competencia<sup>29</sup>.

**171.** El Superintendente de Industria y Comercio decidirá sobre la pertinencia de los condicionamientos propuestos por las intervinientes frente a los propósitos que los mismos deben cumplir; en consecuencia su aprobación o negación será discrecional y

<sup>28</sup> Numeral 4 Artículo 10 Ley 1340 de 2009.

<sup>29</sup> Artículo 11 Ley 1340 de 2009.

así se establecerá en el acto administrativo suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio que decida la solicitud.

#### *Contenido y consideraciones de los condicionamientos*

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

- Duración: el período durante el cual se realizarán las actividades y compromisos adquiridos; esta duración podrá ser prorrogable o fija.
- Intervinientes: deben identificarse 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.

#### *Tipos de condicionamientos*

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

**174.** 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.

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

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

**177.** 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.

**178.** 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.

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

#### *Principales Condicionamientos Estructurales*

**180.** Desinversión de los activos necesarios para que el comprador de los mismos 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.

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

**182.** 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 integración. La venta de los activos podrá realizarse conjunta o individualmente considerados, asegurando que el comprador sea un agente económico que esté en condiciones de utilizarlos para competir idóneamente.

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

**184.** De no realizarse la enajenación de los activos, se realizará un encargo fiduciario que administre tales activos y haga posible su venta a un competidor.

**185.** 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.

**186.** Desinversión de derechos de activos intangibles críticos<sup>30</sup>: este tipo de condicionamientos es utilizado cuando las empresas a integrarse cuentan con derechos de propiedad intelectual que les otorgan ciertos tipos de ventajas para producir o comercializar determinado tipo de bien o producto. En estos casos, la venta de dichos derechos permite preservar las condiciones de competencia en los mercados definidos.

**187.** Dependiendo del caso que se está

---

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

analizando, puede ser necesario que el comprador o licenciataria 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.

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

**189.** Para este tipo de condicionamientos deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- 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.
- Condiciones: los condicionamientos ofrecidos no pueden estar sujetos a ningún tipo de condición y deben ser actividades concretas que puedan ser verificadas.
- Identificación: cada uno de los elementos involucrados en los condicionamientos estructurales, bien sean máquinas o materiales, deben estar debidamente identificados dentro de las propuestas.
- 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 un condicionamiento de enajenación de maquinaria en el que las intervinientes adjuntaran a su condicionamiento un informe pericial que garantizara el funcionamiento de las máquinas y su precio aproximado en el mercado.

- **Obligaciones Subsidiarias:** 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 en 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.

### *Principales Condicionamientos de Comportamiento*

**190.** 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.

**191.** Órdenes de no discriminar: este tipo de condicionamientos busca igualdad de

condiciones en el trato, acceso y suministro a todas las empresas competidoras de las empresas intervinientes. Lo anterior con el fin de que, como consecuencia de la integración, la empresa que se encuentra en el eslabón superior de la cadena no favorezca a la empresa interviniente que se encuentra en el eslabón inferior y discrimine a sus competidores.

**192.** 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.

**193.** 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.

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

**195.** Prohibiciones de ciertas prácticas en contratos: son usadas 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.

**196.** 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.

### *Esquema de Seguimiento*

**197.** 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.

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

- Publicaciones
- Informes periódicos
- Disponibilidad de la información
- Responsabilidades dentro de la organización

**199.** 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.  
*Seguimiento de los condicionamientos*

**200.** El artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 hace referencia a que en el evento en

que una integración sea aprobada con condicionamientos, la **SIC** 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.

**201.** 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. Con base en estas quejas y en 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 podrán incluirse, sin limitarse a ellas, las siguientes:

- Visitas administrativas.
- Revisión de información contable.
- Requerimientos de información a intervinientes.
- Requerimientos de información a terceros.
- Recolección de información digital de las intervinientes.
- Recepción de testimonios.

**202.** 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 **SIC** 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.

**203.** 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 integración sujeta a condicionamientos, a menos que se decida prorrogar dicho término.

**204.** 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 lo suficiente 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.

## Contribuciones

**205.** 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 integración económica condicionada, serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento. Por lo tanto, una vez es aprobada la integración sujeta a condicionamientos, las intervinientes deberán hacerse responsables del correspondiente pago. Este pago será anual, y su valor se determinará con fundamento en los criterios establecidos en la Resolución No. 72896 de 2010.







**Industria y Comercio**  
**SUPERINTENDENCIA**



**El futuro  
es de todos**

**Gobierno  
de Colombia**