

Trejos Robledo, Carolina

Mercado relevante y criterio de análisis de las operaciones horizontales de integración en Colombia

Revista de Derecho Privado, núm. 48, julio-diciembre, 2012, pp. 1-33

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033219005>



Revista de Derecho Privado,
ISSN (Versión electrónica): 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia



**MERCADO RELEVANTE Y CRITERIO DE ANÁLISIS
DE LAS OPERACIONES HORIZONTALES DE INTEGRACIÓN
EN COLOMBIA**

CAROLINA TREJOS ROBLEDO

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 48
Julio - Diciembre de 2012. ISSN 1909-7794

Mercado relevante y criterio de análisis de las operaciones horizontales de integración en Colombia

Carolina Trejos Robledo*

RESUMEN

La Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad nacional de competencia para el análisis *ex ante* de las operaciones horizontales de integración sometidas a su control y las guías definitivas a expedir, conforme a la política de competencia en Colombia, debería basarse en elementos microeconómicos como la elasticidad cruzada de la demanda para definir con mayor precisión el mercado relevante, y adoptar el criterio de disminución sustancial de la competencia para analizar los posibles efectos anticompetitivos de ese tipo de operaciones. Adicionalmente, aspectos como la capacidad de sustitución de la oferta y la suscripción de tratados de libre comercio deberían ser tenidos en cuenta en el referido análisis.

PALABRAS CLAVE: mercado relevante de producto, mercado relevante geográfico, test del monopolista hipotético, elasticidad cruzada de la demanda, capacidad de sustitución de la oferta, disminución sustancial de la competencia, test de dominancia, guías de integraciones horizontales.

ABSTRACT

The Superintendence of Industry and Commerce, as national antitrust authority, according to Colombian antitrust policy, for the prior analysis and in the final guidelines expected to be issued related to the horizontal mergers subject to its control, should take into account microeconomic elements such as the cross elasticity of demand in order to determine with the greatest precision the relevant market and should adopt the criteria of substantially lessening competition to analyze the adverse competitive effects that this kind of operations may cause in the market. Additionally, aspects such as the capacity of supply substitution and the execution of free trade agreements should be taken into account in the above-referred analysis.

KEYWORDS: Product relevant market, Geographic relevant market, ssNIP, Cross elasticity of demand, Capacity of supply substitution, Substantially Lessening Competition, Dominance Test, Horizontal Merger Guidelines.

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad de los Andes. Estudiante de la Maestría en Derecho Privado (profundización) de la misma Universidad. Contacto: c.trejos63@uniandes.edu.co.

SUMARIO

Introducción - I. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES HORIZONTALES EN COLOMBIA - A. *Objetivo(s)* - B. *Método de control* - C. *Criterios* - II. MERCADO RELEVANTE - A. *Mercado relevante de producto* - 1. Factores del lado de la demanda. Capacidad de sustitución de la demanda - 2. Factores del lado de la oferta. Capacidad de sustitución de la oferta - B. *Mercado relevante geográfico* - III. EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN HORIZONTAL - A. *Ánálisis de cambios en la estructura del mercado* - B. *Ánálisis de cambios en los niveles de concentración de los mercados* IV - CONCLUSIONES - Bibliografía.

Introducción

De acuerdo con el régimen de integraciones empresariales, regulado por la Ley 1340 de 2009 que actualizó el régimen de protección de la competencia en Colombia (conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto 1302 de 1964, el Decreto 2153 de 1992 y demás disposiciones), la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), en su calidad de autoridad nacional de protección de la competencia es la encargada de examinar la procedencia o no de las operaciones de integración empresarial en Colombia.

Como consecuencia de lo anterior es deber de la SIC analizar *ex ante* las operaciones de fusión, consolidación, adquisición de control o cualquier otra forma jurídica de integración que empresas que se dedican a una misma actividad económica proyectan realizar, si dichas empresas conjunta o individualmente consideradas, en el año fiscal anterior a la operación proyectada, obtienen ingresos operacionales y/o activos totales que superan los topes establecidos por dicha autoridad², siempre que no se trate de aquellas operaciones que por ley ya se entienden autorizadas³ o cuya procedencia deba ser analizada por otra autoridad en Colombia⁴.

En desarrollo de dicho mandato legal la SIC, con base en los efectos anticompetitivos o la indebida restricción a la competencia que cada operación de integración horizontal puede traer al mercado nacional, tiene facultad para generar como resultado de su estudio una decisión de: (i) autorización, (ii) objeción o (iii) autorización condicionada.

Para efectos del análisis de las operaciones horizontales de integración, a las cuales se limita el presente artículo, la SIC ha tenido en cuenta, esencialmente, elementos relacionados con el mercado relevante, que a su juicio le han permitido identificar el poder de mercado que adquirirían las empresas al realizar la operación y la forma como se generarían potenciales barreras para el ingreso de otros competidores. Además de lo anterior, esta entidad dice haber tenido en cuenta otros elementos tales como la capacidad de reacción de los competidores, la sustitutibilidad de la oferta, el poder de negociación de los consumidores y las importaciones, según ella, basada en los mismos lineamientos establecidos por las autoridades de competencia de

2 Según lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, la SIC año a año establece los topes de ingresos operacionales y/o activos totales que deben ser tenidos en cuenta por las empresas involucradas en la operación proyectada, a fin de determinar si requieren autorización previa por parte de esta autoridad. Mediante la Resolución N° 75837 del 26 de diciembre de 2011, la SIC fijó tales topes para el año en curso en cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 SMMLV), inferiores a los establecidos para el año 2011, con el objeto de aumentar el rango de supervisión de las operaciones y así fortalecer la protección de la competencia, según en ella se indica.

3 Tal es el caso de las empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial, o aquellas que no superan los topes de ingresos operacionales y/o activos totales determinados por la SIC, o que, de superarlos, en conjunto cuentan con menos del veinte por ciento (20%) del mercado relevante, caso este último en el cual las empresas se encuentran en la obligación de notificar sus operaciones a esa autoridad, quien se reserva el derecho de revisarlas. Todo lo anterior de acuerdo con lo establecido en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.

4 Conforme al artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, aunque tiene la obligación de requerir, previo análisis de la SIC, la Superintendencia Financiera de Colombia es la encargada de conocer y decidir sobre los procesos de integración donde participan exclusivamente entidades vigiladas por esa entidad.

Estados Unidos (en adelante EE.UU.) y la Unión Europea (en adelante UE).⁵

No obstante lo anterior, si bien el mercado relevante, tanto el de producto como el geográfico, resultan pilares fundamentales para el estudio de las operaciones horizontales de integración, y de la determinación de estos parten las autoridades de competencia en EE.UU., en la UE y en Colombia, varios aspectos cabe anotar respecto de: (i) la forma en que se determinan, (ii) una vez determinados, el modo como se analizan y (iii) la ausencia de criterios únicos por parte de la SIC para abordar el análisis de situaciones semejantes.

Es así como el presente escrito pretende exponer los elementos que deben ser tenidos en cuenta por la SIC al momento de definir, tanto el mercado relevante de producto como el elemento microeconómico de elasticidad cruzada de la demanda, al que poca importancia se le ha dado.

Igualmente, en lo que atañe a la determinación del mercado relevante geográfico, se busca definir la necesidad o no de tener en cuenta territorios distintos al colombiano como lugares donde se transan bienes y/o servicios, partiendo de la coyuntura actual del país con referencia a la suscripción de diversos tratados de libre comercio.

Respecto de la forma en que el mercado relevante se analiza, en muchas ocasiones la SIC, con base en él, ha determinado los índices de

concentración del mercado, y según la variación que estos sufrirían con ocasión de la operación de integración horizontal ha establecido la procedencia o no de la transacción, desconociendo en ciertos casos el principio consistente en que no toda concentración de poder de mercado genera efectos anticompetitivos, de donde debe partir la SIC en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales.

Sobre el particular será necesario recordar el objetivo de protección de la competencia que tiene la SIC en Colombia, que no se logra necesariamente amparando a pequeños o medianos empresarios de competidores dominantes y evitando posiciones de dominio, sino probablemente impidiendo la creación de barreras de acceso al mercado, buscando la eficiencia de este en las operaciones comerciales y a la postre el bienestar de los consumidores, para lo cual cobran relevancia otros elementos como la sustituibilidad de la oferta, a la que solo en ciertas ocasiones la SIC ha acudido en sus evaluaciones.

Es de anotar que durante el transcurso de la investigación que ha dado origen al presente escrito, específicamente al finalizar el primer semestre del 2012, la SIC expidió un borrador de *Guía de análisis de integraciones empresariales (horizontales, verticales y conglomerados)*⁶ (en adelante *Borrador de Guía*), que tiene por objeto dar a conocer los criterios de análisis utilizados

5 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (s.f.). *El control sobre las integraciones empresariales*. Recuperado el 18 de febrero del 2012 del sitio web: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=7109

6 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (s.f.). *Guía de análisis de integraciones empresariales (horizontales, verticales y conglomerados)*, en adelante “Borrador de Guía”. Recuperado el 4 de abril del 2012 del sitio web http://www.sic.gov.co/en/c/document_library/get_file?uuid=38fc9d38-accb-4d94-a92d-b4f4fc29ae92&groupId=10157. Al 4 de agosto del 2012, el *Borrador de Guía* se presenta oficialmente en la página web <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/guia-de-integraciones>, no obstante admite comentarios sobre el particular.

por esta Superintendencia para el estudio de operaciones de esa naturaleza, especialmente las horizontales, sometidas a su consideración.

La ausencia de ciertos elementos en la determinación de los mercados relevantes que hasta la fecha ha realizado la SIC y la carencia de criterios únicos a ser tenidos en cuenta por dicha autoridad para su análisis, hacen necesario no solo plantear el problema sino sugerir la forma de complementar, unificar y por lo tanto de establecer un método único, objetivo y razonable sobre la materia, que a la vez que facilite el trabajo de los funcionarios competentes y le dé celeridad a sus funciones, permita a las empresas involucradas en las operaciones horizontales de integración conocer *a priori* los aspectos que deben tener en cuenta para efectos de lograr el resultado esperado con el proyecto de integración respectivo, como sucede en EE.UU. y la UE, y próximamente en Colombia con la expedición definitiva del *Borrador de Guía*.

I. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES HORIZONTALES EN COLOMBIA

Con el objeto de identificar los principales aspectos que son tenidos en cuenta por la SIC al momento de examinar una operación de integración horizontal en Colombia, especialmente en lo que atañe a la definición del mercado relevante y el modo como se analiza, conviene en un primer término identificar y recordar el objetivo de este régimen a fin de evaluar la pertinencia de los medios utilizados por ella para lograrlo.

A. Objetivo(s)

De los artículos 11 y 12 de la Ley 1340 de 2009 podría inferirse que los objetivos de controlar ciertas integraciones empresariales horizontales en Colombia serían los de: (i) evitar una indebida restricción a la competencia⁷, (ii) impedir posibles impactos negativos en la competencia y (iii) asegurar la preservación efectiva de la competencia⁸.

En ese sentido, podría establecerse que el fin de este régimen de control es, en atención a lo instituido en el artículo 333⁹ de la Constitución Política de Colombia y las normas antes señaladas, proteger la libre y efectiva competencia económica imposibilitando actuaciones que la puedan impedir, restringir u obstaculizar.

El régimen de control de las operaciones horizontales de integración, como mecanismo de intervención del Estado en la economía que puede limitar la autonomía de la voluntad privada, se justifica en la medida en que se busque “(...) mantener mercados eficientes y (...) la libre competencia pueda ser «un derecho de todos», como lo consagra la Constitución” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-240 de junio 23 de 1993).

7 Ibid., p. 1. En la introducción del Borrador de Guía la SIC ratifica este objetivo, al establecer que el propósito del estudio de las solicitudes de operación de integración económica es: “(...) determinar si se produce una indebida restricción a la libre competencia”.

8 Ibid., p. 1. Este objetivo igualmente se rescata de la introducción del Borrador de Guía, cuando la SIC determina que: “(...) propenderá por la protección de la libre competencia de los mercados afectados y, ante todo, buscará salvaguardar los intereses de los consumidores”.

9 Constitución Política de Colombia, art. 333: “(...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

De ahí que la SIC pueda imposibilitar la realización de aquellas operaciones donde las empresas que desarrollan una misma actividad económica, concurrentes en el mercado, consoliden sus actividades, si las mismas tienen la virtud de afectar la competencia.¹⁰

En consecuencia, la pregunta central que la SIC debería hacerse durante el curso de la investigación y análisis de las operaciones horizontales de integración sería: ¿la operación se encuentra en capacidad de afectar o eliminar la libre y efectiva competencia económica?

El anterior cuestionamiento en sí mismo entraña dificultades, en razón a los conceptos que lo integran. Se entiende por libre competencia económica, para efectos del presente escrito, “(...) la *posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela*” (MIRANDA & GUTIÉRREZ, 2007, num. 2.2.).¹¹, y de la clientela, adquirir bienes y servicios en condiciones de libre escogencia. Es así que si tal libertad

se puede ver afectada en razón de una operación de integración horizontal, debería objetarse y/o condicionarse la operación.

Ahora bien, cabe anotar que el objetivo por sí mismo no consiste exclusivamente en proteger a (i) los competidores de las empresas parte de la operación ni (ii) a los consumidores, sino la eficiencia del mercado, en la anhelada búsqueda de una estructura que sea competitiva, donde en la medida de lo posible (i) haya un gran número de vendedores y compradores, (ii) se transen productos homogéneos, (iii) existan barreras insignificantes de acceso o salida, (iv) haya información completa y accesible para los actores (MILLER, 2001-2002, pp. 561-562), lo que al final, por efecto, termina beneficiando a los consumidores, eficiencia que de cualquier forma se evidencia en el incremento del bienestar de la sociedad en conjunto. Así lo identificó la Corte Constitucional, en Sentencia C-535 de 1997, al establecer que: “(...) *La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados*”.

¹⁰ Así lo ha explicado el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –cedec– de la Universidad Javeriana, al intervenir en el análisis de constitucionalidad de las normas correspondientes de la Ley 1340 de 2009, y justificar la intervención del Estado en la economía, cuando dijo que “(...) aunque las integraciones generan un impacto positivo en términos del fortalecimiento de las empresas, diversificación de su producción y ampliación de su alcance geográfico, es indudable que afectan la estructura de los mercados y pueden llegar a reducir la competencia.” (Corte Constitucional. Sentencia C-228 del 24 de marzo de 2010).

¹¹ Similar concepto trae la Corte Constitucional en Sentencia C-228 del 24 de marzo de 2010: “(...) existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”.

Debe tenerse en cuenta, además, que desde el punto de vista económico, puede considerarse que un mercado es eficiente cuando el precio que paga el consumidor es igual al costo marginal de producción, es decir, cuando “(...) *el costo para el usuario es igual al costo o sacrificio para la sociedad de producir la cantidad de ese bien*” (MILLER, 2001-2002, pp. 579-580). Derivado de lo anterior, a la SIC le deben preocupar aquellas operaciones de integración que puedan aumen-

tar la diferencia (*mark up*) entre el precio y el costo marginal. En términos prácticos, le deben concernir las transacciones que puedan llevar al aumento del precio de los productos para los consumidores, en cuyo caso deberá analizar la posibilidad que tienen las empresas involucradas en la operación de aumentar sus precios, analizando no solo su nivel de participación en el mercado, sino la capacidad de incrementarlos de modo independiente atendiendo la existencia o no de barreras de entrada al mercado donde participan.

Como consecuencia de lo anterior, la SIC debe encargarse de analizar la estructura del mercado antes y después de la operación de integración horizontal, si se efectuara, propendiendo porque se mantenga una estructura de competencia y esta no resulte afectada por razón del acuerdo de integración respectivo.

A modo de ejemplo, y aunque esto será objeto de análisis más adelante, sin que ello pueda considerarse una regla, hay una alta probabilidad de que la existencia de mercados concentrados que generen monopolios, duopolios u oligopolios vaya en contra de los mercados competitivos cuya estructura busca mantener la SIC dentro el régimen de integraciones empresariales, dado que bajo esta estructura se espera la participación de varios vendedores. Sin embargo, es de anotar que para este régimen la concentración o posición de dominio cobra relevancia cuando la misma se obtiene por un medio distinto al esfuerzo comercial de las empresas en el mercado, como el caso de los acuerdos de integración entre ellas, y se alteran

otros elementos de una estructura competitiva del mercado.¹²

B. Método de control

Cuatro elementos del método utilizado por la SIC al momento de conocer las operaciones horizontales de integración sometidas a su control, y que de cierto modo son tratados por el *Borrador de Guía*, están íntimamente involucrados en el proceso de medición del mercado relevante y el modo como se analiza, los cuales cobran notabilidad para efectos del presente estudio y llevan al autor a observar su pertinencia y congruencia con el objetivo arriba estatuido: (i) el proceso mismo de definición del mercado relevante; (ii) el cálculo de las cuotas de participación de las partes en el mercado relevante y su grado de concentración; (iii) la determinación de las posibles barreras de entrada al mercado definido, y (iv) el análisis de los efectos sobre la competencia de lo determinado en los tres numerales anteriores.¹³

12 Se hace esta aclaración porque no puede confundirse el análisis que de una posición de dominio se efectúa bajo el régimen de integraciones, con el que se realiza respecto del abuso de una posición de dominio de algún agente en el mercado, ambos a cargo de la SIC, dado que en este último caso esta autoridad no analiza la forma en que la posición de dominio se ha obtenido, sino la manera como se hace uso de ella y, en consecuencia, realiza un análisis subjetivo de conducta que al final puede llevar a decisiones sancionatorias que tienen una naturaleza distinta a las que se producen en desarrollo del régimen de integraciones que se limitan a establecer a priori la procedencia o no de una operación.

13 Resulta preciso anotar que la SIC no ha adoptado de modo consciente, como parte de su método de estudio, los cuatro elementos que aquí se exponen. Estos se han inferido: 1) de la lectura de resoluciones expedidas por dicha autoridad en los últimos años al momento de autorizar, simple o condicionadamente, o de objetar las operaciones sometidas a su control; 2) de la guía mediante la cual se establecieron las instrucciones que deben seguir las partes involucradas en la integración para la solicitud de pre-evaluación y el procedimiento de evaluación, contenida en el Anexo N° 1 de la Resolución 35006 de junio 30 de 2010, modificada por la Resolución 52778 de 2011 de la Superintendencia de Industria y Comercio. En desarrollo de esos cuatro elementos se hará referencia de algún modo al *Borrador de Guía*, como se dijo, expedido en el transcurso

Por ser uno de los aspectos que mayor importancia cobra en este estudio, respecto de la determinación del mercado relevante, en este aparte, de modo sucinto basta expresar que tanto las partes como la SIC buscan determinar: (i) los productos (entendidos como bienes y servicios) de las empresas intervenientes, que podrían verse afectados en razón de la operación de integración, así como los productos sustitutos en cuanto a sus usos, características, aplicaciones y precios, adicional a la información relacionada con su forma de producción, venta y/o prestación, y (ii) el lugar donde los productos se transan, como más adelante se ahondará, conocidos [(i) y (ii)] como mercado relevante de producto y geográfico, respectivamente.

Gracias a lo anterior se permite la identificación de los competidores de las partes participantes en la operación que se analiza y los consumidores de los productos, en suma, la estructura de mercado, incluyendo competidores y consumidores, que podría resultar afectada por la integración. El *Borrador de Guía* en su numeral 68, basándose en las funciones de determinar el mercado relevante trae una concepción más amplia de este, que no se opone a la arriba establecida, y antes bien puede complementarla, así:

(...) La definición del mercado relevante busca establecer cuál es el conjunto de agentes, productos o servicios y sus precios correspondientes cuya producción, abastecimiento, distribución o consumo debe ser examinado con el objeto de determinar quiénes están sometidos a informar operaciones de integración

de la investigación.

empresarial, así como los efectos restrictivos o benéficos sobre la competencia que puedan derivarse de la operación de integración.

Una vez definido el mercado relevante, la SIC procede a determinar las cuotas de participación de las partes involucradas en la operación, en ese mercado.

Si el índice de concentración aumenta como consecuencia de la operación de integración dejando en una posición, podría decirse privilegiada, a cualquiera de las empresas en ella involucrada, entran a analizarse los siguientes aspectos, esto es, las barreras de entrada y los efectos en la competencia.

Valga anotar que los índices o modos de cálculo por parte de la autoridad de competencia no han sido unánimes, tampoco la forma en que se interpretan. Aunque el análisis de los índices de concentración es necesario en la evaluación de los procesos de integración horizontal, la forma en que se han abordado refleja la ausencia de criterios únicos de interpretación del mercado relevante, como adelante se expresa. Cabe precisar que estos no son examinados en el presente escrito, dado que ameritan un estudio independiente, sin embargo el *Borrador de Guía* los contempla en los numerales 125 a 138. Para información del lector puede verse en: <http://www.sic.gov.co/en/web/guest/guia-de-integraciones>.

Antes de evaluar los efectos potenciales de la operación, la SIC intenta establecer cuáles serían las barreras de entrada al mercado relevante que define. Esta autoridad ha dicho que las

barreras de entrada “constituyen todo obstáculo que impida, dificulte o demore considerablemente el acceso de potenciales competidores al mercado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes” (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 27920 de noviembre 10 de 2004).

Como consecuencia de esa definición, en este punto la SIC pretende identificar: (i) las inversiones que tendría que efectuar un nuevo competidor para ingresar al mercado relevante; (ii) los costos hundidos a los que se vería expuesto; (iii) la existencia o no de capacidad instalada ociosa en contra del posible competidor y (iv) los canales de distribución que le exigiría su entrada al mercado, entre otras aplicables. Es aquí donde cobra relevancia el análisis de sustituibilidad de la oferta que la SIC en cualquier caso debería efectuar.

La misma SIC se ha referido a la existencia de diversas barreras de entrada de distinta naturaleza: “(...) Naturales, es decir las que existen por la naturaleza misma del proceso productivo; jurídicas, como las licencias y autorizaciones; y estratégicas, aquellas actividades desarrolladas por la empresa establecida mediante las que impide o dificulta la entrada de potenciales rivales” (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 16453 de julio 23 de 2004).

Sin embargo, tales diferenciaciones parecen no cobrar importancia en su análisis por cuanto dicha entidad ha considerado que “(...) resulta irrelevante que la barrera se denomine, natural o estructural, económica o jurídica, o de cualquier otra manera, pues en últimas encierra la

misma limitante y efecto para el mercado” (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 27920 de noviembre 10 de 2004).

Ahora bien, respecto del particular vale anotar que, si bien la SIC en resoluciones pasadas se atrevió a definir lo que se entiende por barreras de entrada, en el *Borrador de Guía* no tuvo igual comportamiento y no quiso comprometerse con un concepto específico dejándolo a la deriva para cada uno de los casos, pues en su numeral 18 estatuye: “(...) esta Entidad se abstiene de limitarse a una definición de barrera de entrada en particular y analizará cada operación de integración atendiendo a sus especificidades”; lo que *a priori* podría indicar la ausencia de un criterio único que podría llevar a amenazas al derecho de igualdad, e incluso a la sensación de ausencia de seguridad jurídica para las empresas involucradas en las operaciones, a lo que debería apuntar la guía de fondo que dicha autoridad en los próximos tiempos se propone adoptar. Será importante, entonces, que de expedir una guía en los mismos términos del *Borrador Guía*, en cada resolución mediante la cual se pronuncie sobre una operación sometida a su control justifique la aplicación de uno u otro concepto de barrera de entrada.

Partiendo de los supuestos antes planteados, la SIC entra a estudiar los efectos que la operación de integración podría traer para el mercado, lo que resulta ser el ápice que da origen al presente escrito, y corresponde a la forma en que la autoridad de competencia en Colombia debe afrontar el análisis de los conceptos que establece preliminarmente, en especial los que

arriba se expusieron, correspondientes al mercado relevante, los niveles de concentración del mercado y las barreras de entrada al mismo.

No obstante el método comentado anteriormente, podría considerarse que la SIC, pretermitiendo los reales efectos de las operaciones en la estructura del mercado, ha estimado que la simple existencia de situaciones de posición de dominio o incrementos del poder de mercado hace que se entienda que las operaciones sometidas a su autorización generan efectos lesivos en la competencia, sin tener en cuenta al sujeto u objeto afectado, dando prevalencia a los intereses de los posibles o existentes competidores, con falacias de protección al consumidor y sin atender el objetivo que arriba se planteó.¹⁴

De acuerdo con el objetivo estatuido en el acápite anterior, y el modo como se han analizado las operaciones horizontales por parte de la SIC, aún no es claro el criterio que esta autoridad ha adoptado para determinar la procedencia o no de una operación. A continuación se definen los criterios esenciales, con miras a establecer, con base en el régimen de competencia en Colombia sobre la materia, cuál debería adoptar.

C. Criterios

De acuerdo con las legislaciones de diferentes países y/o comunitarias, y según la forma en que sus autoridades de competencia abordan el análisis de las operaciones horizontales de integración, se ha hablado de dos criterios esenciales, uno de los cuales adopta cada una de ellas: (i) test de dominancia¹⁵ (en adelante DT) y (ii) disminución sustancial de la competencia¹⁶ (en adelante SLC)¹⁷.

Mediante el DT se determina que una operación horizontal de integración es anticompetitiva si crea o refuerza la posición de dominio de una empresa en el mercado,¹⁸ por lo que el análisis se basa esencialmente en los cambios de estructura —en lo que respecta a las cuotas o participación de mercado de los intervenientes en él—, de manera que si se produce una alta concentración del mercado como consecuencia de la operación, esta no debe proceder.

Por otra parte, más que en la estructura del mercado en función de las cuotas de participación de los agentes que lo conforman, mediante el SLC se determina que una operación horizontal de integración es anticompetitiva si la operación

14 En este punto resulta apropiado establecer que en los dos últimos años han sido sometidos a conocimiento de la SIC, bien porque se trate de un procedimiento de notificación o bien de autorización, en promedio, unos 125 casos por año, de los cuales anualmente 1 o 2 resultan objetados y un poco más condicionados (<http://www.sic.gov.co/en/web/guest/665>, consultada el 4 de agosto del 2012). Partiendo del estudio de Miranda & Gutiérrez (2007), guardadas las proporciones, esa tendencia ha sido similar en años anteriores, conforme lo expone esta autora en la Tabla No. 2, 1998-2007. Lo anterior, a juicio de quien escribe estas líneas, manifiesta la existencia de un mercado colombiano altamente concentrado, que amerita que la SIC no solo busque protegerlo en función de las variaciones en los índices de concentración, lo que resultará escaso y en consecuencia excepcional, sino que vaya más allá analizando en su integridad la estructura del mercado colombiano y no un único elemento, relacionado con el poder de mercado de las empresas participantes.

15 En inglés, Dominance Test.

16 En inglés, Substantially Lessening Competition o Significant Lessening Competition.

17 Organisation for Economic Co-Operation and Development (OEcd). (2002). Policy Roundtables, Substantive Criteria used for Merger Assessment, p. 19. Recuperado el 4 de abril del 2012 de la página web <http://www.oecd.org/dataoecd/54/3/2500227.pdf> (traducción libre).

18 Organisation for Economic Co-Operation and Development (OEcd). (2009). Policy Roundtables, Standard for Merger Review, pp. 192-193. Recuperado el 4 de abril del 2012 de la página web <http://www.oecd.org/dataoecd/28/52/45247537.pdf> (traducción libre).

produce efectos sustanciales en la competencia, de modo que la misma se disminuya. Conforme a este test, y dado que se basa en los efectos que se producen en la estructura, se analizan elementos adicionales tales como la posibilidad de incremento de precios, la disminución de la oferta, entre otros factores que afectan esencialmente a los consumidores. Este es el test utilizado por las autoridades competentes en EE.UU., en desarrollo de lo establecido en la *Clayton Act*. Si bien las normas de competencia en dicho país buscan prohibir situaciones que tiendan a crear monopolios, las autoridades de competencia le han dado preponderancia a los efectos que la operación pueda traer a la competencia, y esencialmente a los consumidores, que son materia de protección, por lo que el análisis de las autoridades no se limita exclusivamente a los índices de dominancia (VELJANOVSKI, 2003, p. 10).

Cabe anotar que los expertos no se han podido poner de acuerdo respecto de cuál test resulta más apropiado para abordar los asuntos de competencia, sin embargo, lo que es claro, es que hay una tendencia de los países a cambiarse del DT al SLC o a esquemas híbridos (OECD, 2009, pp. 7-9).

El DT ha sido utilizado por las autoridades de competencia en la UE, sin embargo, en la actualidad, dado que el régimen de control de las operaciones objeto de estudio en la UE, tal como se encuentra establecido en la *Introducción de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales* (Unión Europea, 2004/C31/03) (en adelante UE Directrices), tiene por

objetivo evitar la creación o reforzamiento de una posición dominante que tenga como consecuencia afectar la competencia efectiva en una parte sustancial del mercado común¹⁹, la UE ha venido aplicando un criterio híbrido entre el DT y SLC, que ella misma ha denominado SIEC²⁰, mediante el cual determina que una operación horizontal de integración no debe proceder si se obstaculiza sustancialmente la competencia efectiva cuando se ha creado o fortalecido una posición de dominio (OECD, 2009, pp. 193-207).

Si bien en la UE no basta que la posición de dominio se genere sino que tenga efectos en la competencia, la generación de tales situaciones de poder de mercado se entiende como un indicador importante de que la competencia resulta obstaculizada, indicador al que si se le da mucha o única importancia, como ha sucedido en la UE y en Colombia, termina generando presunciones de derecho en contra de las empresas involucradas en la operación, y tal vez de los consumidores, que no admiten prueba en contrario o que tienen un altísimo grado de dificultad para ser desvirtuadas.

Pareciera entonces que la SIC, al reconocer la existencia de los objetivos del régimen de integraciones, aceptara la procedencia del SLC, pero al momento de materializar su análisis terminara aplicando el DT.

19 Las UE Directrices han establecido que: “(...) La Comisión ha de evaluar (...) si una concentración obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o refuerzo de una posición de dominio, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.

20 En inglés, Substantial Impediment to Effective Competition.

Lo anterior no estaría muy lejano de lo que la SIC trae en el *Borrador de Guía*, como efectos potenciales de la operación, cuando en su numeral 142 incluye que:

(...) el primer efecto que puede producir es la disminución en el número de competidores en el mercado relevante (...) igualmente como consecuencia de la integración, puede reforzarse la capacidad de una o varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes participantes en él, circunstancia que conduce a una indebida restricción de la competencia.

No obstante, con posterioridad incluye otros elementos a ser considerados, como: (i) el aumento de las barreras de entrada y (ii) el incremento de los costos de cambio de los consumidores y compradores, acercándose nuevamente al SLC.

Es así como, conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que el objetivo central del régimen de autorización de las integraciones horizontales consiste en preservar la competencia impidiendo que esta se restrinja como consecuencia de la unión de esfuerzos a través de acuerdos de integración, para así propender por la eficiencia de los mercados y la salvaguarda de los intereses de los consumidores, mediante el análisis de la estructura del mercado antes y después de la operación que se proyecta, conforme a las normas constitucionales y legales, e incluso con el *Borrador de Guía*, pareciera ser que lo más adecuado a él sería que la SIC adoptara el SLC como criterio central de evaluación de las operaciones de integración.

En consecuencia, el método de análisis planteado en el *Borrador de Guía* debería ajustarse al mismo, al igual que la real aplicación de él, en la medida en que ha podido evidenciarse que en ocasiones anteriores, en muchos de los casos, la SIC ha definido la procedencia o no de las operaciones en razón de la creación o no de posiciones de dominio como consecuencia de ellas, volviendo tal vez al DT que no concuerda con los objetivos.

Uno de los casos en los que la SIC pareciera haber perdido de vista el objetivo correspondió a aquel donde analizó, por tener efectos en Colombia, la adquisición en el exterior que CLOROX pretendía del negocio de blanqueadores de COLGATE PALMOLIVE, y el licenciamiento de la marca AJAX a favor del primero, donde no obstante pareciera haber pensado en los posibles efectos coordinados que podría generar la referida operación, determinó que:

(...) De acuerdo con la teoría económica y la doctrina en materia de integraciones empresariales, una operación de concentración que refuerce o cree una estructura oligopólica en un mercado caracterizado por una serie de elementos que conformen un escenario en el cual es previsible en el futuro una interacción coordinada o interdependencia estratégica entre las empresas en el escenario posterior a la operación, claramente conlleva a concluir que la misma genera efectos anticompetitivos que se traducen en una reducción del bienestar general y, en especial, un deterioro del bienestar del consumidor. (Subrayado fuera de texto) (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución N° 24374 de agosto 08 de 2007).

II. MERCADO RELEVANTE

Uno de los puntos fundamentales para el análisis de las operaciones horizontales de integración en Colombia lo constituye la definición del mercado relevante, entendido como el mercado de productos (bienes y/o servicios) delimitado geográficamente, que se vería afectado por una operación de esa naturaleza (MIRANDA & GUTIÉRREZ, 2007, num. 6.4.1.).

La forma en que el mercado relevante se delimita es un asunto controversial en el país, y la mayoría de los argumentos que las partes involucradas en una operación que ha sido objetada presentan ante la SIC cuando buscan una autorización, parten del cuestionamiento a esta autoridad por la no inclusión de productos o zonas donde los mismos se transan. Es decir, existe una disidencia clara entre autoridades y participantes respecto de la forma de su determinación²¹, lo que no es insólito; en otros países el eje de la discusión respecto de la procedencia de una operación horizontal de integración se basa en la forma en que se define el mercado relevante. Tanto es así que por ejemplo, en EE.UU., las autoridades competentes²² han dicho que saber qué tantos productos con características similares o productos transados en un territorio específico deberían incluirse en el concepto es un asunto difícil, por cuanto si la

autoridad excluye determinados productos o zonas podría estar desestimando la competencia, y de realizar lo contrario podría inducir a error, pero como esto último no se quiere, terminan dándole prevalencia a las definiciones restringidas de mercado relevante como ha ocurrido en ocasiones en Colombia.

Tomando lo que las autoridades de competencia estadounidenses han establecido en la Guía para integraciones horizontales,²³ (en adelante *US Guidelines*), es claro que la definición del mercado relevante cumple dos funciones: (i) ayuda a especificar la línea de comercio y la zona geográfica donde el problema de competencia puede emerger, y (ii) permite identificar, tanto los participantes en ese mercado, incluyendo los competidores reales de las empresas involucradas en la operación, como medir sus cuotas de participación y los niveles de concentración en él.

En Colombia, según ya se dijo, en el numeral 68 del *Borrador de Guía* se han incluido las funciones que aquí se refieren, y por razón de las normas del régimen de integraciones se le ha agregado una función relacionada con la indicación de quiénes están sujetos a informar las operaciones de integración.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la finalidad del régimen de control de integraciones de las distintas autoridades, el propósito de la definición del mercado relevante puede variar; por ejemplo, en la UE donde la pretendida protección de la competencia se ha desdibujado a

21 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución N° 28037 de noviembre 12 de 2004: "(...) La delimitación del mercado de producto constituye uno de los aspectos más controvertidos del análisis de las operaciones de integración, dado que establece el marco de referencia a partir del cual se evalúan los efectos de la operación proyectada".

22 U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. (2010). Horizontal Merger Guidelines issued. August 19 (en adelante *US Guidelines*).

23 Ibid.

favor de los pequeños competidores, conforme a las UE Directrices el objetivo es “(...) *determinar de forma sistemática las presiones competitivas inmediatas a que tiene que hacer frente la entidad fusionada*”.

Ese mismo sentido lo ha reiterado la UE en comunicación relativa a la definición de mercado de referencia, a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, cuando establece que: “(...) *El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia*” (Unión Europea, 97/C 372/03).

En cualquier caso, ha de verse: que definir el mercado relevante es uno de los medios para el análisis de competencia con que cuenta la autoridad respectiva; que no es el único que debe tomarse como base; y que sus conclusiones *per se* no deben ser la única *ratio* de la decisión para autorizar u objetar una operación, es decir, no es un fin en sí mismo.

Se comparte la idea de quienes piensan que centrarse en la definición del mercado relevante, si bien puede generar mayor tiempo en las transacciones, los supuestos pueden ser más cercanos a la realidad y el criterio de SLC no es incompatible con su definición, que fortalece el componente económico que deben tener estos análisis (OECD, 2009, pp. 7-9).

Los economistas consideran que si la definición del mercado relevante solo se hace para efectos legales de análisis de competencia, no por ello es menos importante que la definición se base

en razones económicas y no puramente legales (DALJORD, OYSTEIN; SORGARD, LARS & THOMASSEN, OYVIND, 2007 pp. 263-264).

A continuación entran a analizarse los elementos de los dos mercados que componen el mercado relevante: el de producto y el geográfico.

A. Mercado relevante de producto²⁴

El mercado relevante de producto se entiende como el conjunto de productos sustitutos entre sí por razón de la similitud en sus precios, usos y características, que pueden resultar afectados con ocasión de la operación horizontal de integración (MIRANDA & GUTIÉRREZ, 2007, num. 6.4.1). Similar concepto trae la Comunicación (97/C372/03) relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia: “(...) *El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*”.

El procedimiento que trae el *Borrador de Guía* (2012, pp. 7-11) para la identificación del mercado de producto no es del todo lejano al que ha venido utilizando la SIC, con unos matices que aquí se expondrán.

El *Borrador de Guía* establece que en el proceso de definición deben tenerse en cuenta tres elementos: (i) factores del lado de la demanda

²⁴ Para efectos del presente escrito el término “producto” abarca bienes y/o servicios.

donde deben incluirse análisis de las características, usos, precios, cantidades y posibles sustitutos de los productos afectados por la operación de integración; (ii) factores del lado de la oferta, sugiriendo una definición del mercado en función de la sustituibilidad de la oferta; y (iii) otras características del mercado, e indica que la SIC debe analizar, entre otros, elementos de competencia indirecta, productos secundarios o conexos, aspecto que parece novedoso dada la ausencia de este tipo de análisis en resoluciones precedentes asociadas a las operaciones de integración.

Ya que el elemento clave en la determinación del mercado relevante termina siendo a la poste la intercambiabilidad de los productos, la SIC para llegar a ello dice analizar la capacidad de sustitución de la demanda²⁵ y la oferta, que se identifican con los elementos establecidos en los numerales (i) y (ii) del párrafo precedente y sobre los que se hará especial énfasis en el presente escrito.

1. Factores del lado de la demanda. Capacidad de sustitución de la demanda

Realizar un análisis de las características, usos, precios, cantidades y posibles sustitutos de los productos involucrados en la operación, como lo sugiere el *Borrador de Guía*, resulta cercano al

que ha venido efectuando la SIC, pero no por ello correcto.

Puede decirse, con base en las resoluciones mediante las cuales la SIC se ha pronunciado respecto de la procedencia de las operaciones de integración horizontal sometidas a su consideración, que para la definición del mercado relevante de producto esta Superintendencia intenta seguir un procedimiento que parece coincidir con lo establecido en el *Borrador de Guía* —aunque en esta el orden resulta más claro—, y que involucra de modo esencial lo siguiente:

1. La identificación de los productos idénticos o similares en cuanto a sus usos y características, respecto de los cuales las empresas intervenientes se encuentran compitiendo, y sobre los cuales puede tener efectos la operación.

2. El análisis de intercambiabilidad de los productos definidos conforme al numeral anterior, en razón del precio y las preferencias de los consumidores, esto es, la determinación de los bienes sustitutos hacia los cuales los consumidores se desplazarían en caso de un aumento en el precio significativo y no transitorio de los productos definidos conforme al literal (a) anterior, acorde con el test del monopolista hipotético (ssnip)²⁶, una disminución en la calidad de

25 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 28037 de noviembre 12 de 2004, "Para su delimitación, es necesario tener en cuenta que el elemento clave corresponde al grado de sustituibilidad que presenten los productos, esencialmente desde el punto de vista de la demanda." Lo anterior no solo evidencia la gran dificultad que ello representa, sino el especial énfasis en la sustituibilidad de la demanda que la autoridad de competencia realiza.

26 En inglés, The Hypothetical Monopolist or Small but Significant Non-transitory Increase in Prices (ssnip) Test. Es una herramienta microeconómica, incluida en las guías de integraciones en EE.UU. desde 1982, que a través de un pequeño pero significativo incremento en el precio de los productos involucrados en la operación (aproximadamente el 5%) busca determinar si los consumidores, con ocasión de dicho incremento, pasarían a adquirir otros productos que consideran sustitutos. Busca analizar los posibles efectos competitivos generados por la adquisición de poder de mercado por parte de las empresas involucradas en la operación. Se ha entendido que este test permite definir un mercado relevante que no sea tan estrecho, pero que tampoco lleve a considerar la existencia de uno único. Daljord, Oystein; Sorgard, Lars & Thomassen, Oyvind. (2007). "The ssnip Test and Market Definition with the Aggregate Diversion Ratio: a Reply to Katz and Shapiro". *Journal of Competition Law & Economics*. Oxford: Published by Oxford University Press, pp.

los productos o cualquier otro factor de competencia que altere las condiciones de mercado.

Aunque la SIC considera que no es condición suficiente para determinar qué productos pueden entrar a formar parte de un mismo mercado, lo primero que intenta definir esta autoridad es cuáles, en función de sus características y usos, compiten con aquellos que producen las empresas parte de la operación.

A renglón seguido procura continuar su análisis con las preferencias y hábitos de los consumidores. No obstante lo anterior, y pese a los estudios que presentan las partes involucradas, la SIC en ocasiones le ha dado prioridad a los aspectos objetivos de la funcionalidad de los productos sin que estos sean identificados así por los consumidores o compartan las conclusiones que arrojan el uso de herramientas microeconómicas.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la forma en que se determinó el mercado relevante en el caso QUÁKER, subsidiaria de PepsiCo Inc. y POSTOBÓN S.A., en virtud de la cual se otorgaría a esta última, productora de Squash, el derecho exclusivo a producir, vender y distribuir productos Gatorade en el territorio nacional. La SIC se basó esencialmente en las características de las bebidas isotónicas como Gatorade y Squash para determinar la ausencia de sustitutos y establecer, en Resolución N° 16453 de julio 23 de 2004, que las referidas bebidas “están destinadas a recuperar los fluidos y carbohidratos que el cuerpo pierde durante el ejercicio, gracias a

su composición de electrolitos, tales como potasio o sodio, así como de endulzantes”, y que bebidas como las carbonatadas o el agua, por la ausencia de ciertos elementos con que cuentan las isotónicas, no podían considerarse sustitutos, no obstante las partes involucradas en la operación resaltaran: (i) la función de las primeras de “reponer los líquidos y fluidos perdidos durante ejercicios físicos, aunque fuera más lentamente, y (ii) las preferencias de los consumidores demostrando que para ellos “existe una gran amplia gama de bebidas que satisface altamente al consumidor de la misma manera que lo logran las bebidas isotónicas” (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 27920 de noviembre 10 de 2004).

En este caso la SIC concluyó que las bebidas isotónicas no solo tenían unas características que las hacían plenamente diferentes de otras presentadas por las empresas involucradas en la operación como sustitutas, sino que el mercado objetivo y al cual se dirigía la publicidad era también distinto; muestra de ello era no solamente cómo se exaltaban las propiedades de cada tipo de bebida, sino cuáles eran los momentos y lugares en los que los consumidores hacían uso de ellas, desestimando tal vez la tendencia de la demanda efectiva.

Si bien el análisis del mercado relevante de producto parte de los elementos arriba analizados, la SIC en principio —aunque no puede considerarse una regla de comportamiento, cuando así debería serlo— pasa a concluir sobre los productos que deben incluirse en un mismo mercado y que podrían resultar afectados como consecuencia de la operación horizontal de integra-

263-264 (traducción libre). Recuperado el 8 de abril del 2012 de la página web <http://jclx.oxfordjournals.org/> de la base de datos de la Universidad de los Andes.

ción, basada en la aplicación de los conceptos microeconómicos y económéticos de elasticidad precio de la demanda y elasticidad cruzada de la demanda, que a su juicio le permiten determinar si para la empresa resultante de la integración sería rentable un cambio en el precio de sus productos, y así mismo definir los productos sustitutos que harían parte del mismo mercado, entre otras cosas por razón del precio.

La SIC ha dicho que:

(...) El punto de partida para la delimitación del mercado de producto en operaciones de integración consiste en incluir aquellos bienes idénticos o similares en los cuales las intervenientes se encuentran compitiendo, y sobre los cuales tiene efectos la operación proyectada. El paso siguiente es ampliar el rango de productos hasta incluir los bienes sustitutos, hacia los cuales se desplazaría el consumidor en caso de presentarse un aumento en el precio, una disminución en la calidad del producto o cualquier otro factor de competencia que altere las condiciones del mercado, entre otros aspectos. (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 28037 de noviembre 12 de 2004).

Para efectos del cálculo de la elasticidad precio de la demanda, que mide la variación en la cantidad demandada de determinados productos como consecuencia de un incremento en su propio precio, suele utilizarse el SSNIP, antes explicado, que si bien facilita el proceso de determinación del mercado hay quienes, como THOMPSON (1997, pp. 67-74), han dicho que tiene varios inconvenientes, el principal de ellos es que asume diversos factores como ciertos sin

que necesariamente ocurrán o vayan a ocurrir en la realidad económica, es decir, parte de la existencia de un monopolio, del aumento de un precio en un cinco o diez por ciento, y de la existencia de una rentabilidad a favor del monopolista hipotético, que en muchos casos no resulta únicamente de la demanda, sino de los costos marginales y costos medios.

No obstante las críticas, su uso ha sido reiterado en EE.UU. desde el inicio del control de integraciones y en la UE donde no se hace alusión expresa, pero en la Comunicación (97/C372/03) relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, ha establecido que:

(...) Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. El ejercicio de definición del mercado se centra en los precios con fines operativos y prácticos, y más concretamente en la sustitución de la demanda provocada por pequeñas variaciones permanentes en los precios relativos. Este concepto puede aportar indicaciones claras en cuanto a los elementos de evaluación pertinentes para la definición de mercado.

En virtud de lo anterior, en Colombia resultaría ser igualmente la herramienta precisa para los efectos; el *Borrador de Guía* no ha sido ajeno a este test cuando, sin llamarlo por su nombre, en el numeral 76 establece:

(...) el mercado de producto deberá incluir aquellos productos hacia los cuales se des-

plazarían los consumidores en caso de que se produjera un incremento pequeño no transitorio y significativo en el precio de cualquiera de los productos ofrecidos por las empresas a integrarse, permaneciendo el precio de los demás productos constante.

Cabe anotar que en EE.UU. las *US Guidelines* hacen dos acotaciones respecto de ese test como elemento utilizado en la determinación de los productos que deben formar parte de un mismo mercado relevante: (i) el test debe utilizarse como una herramienta metodológica, pero el incremento hipotético del precio no es el que debe ser tolerado en caso de que prospere la integración, y si las autoridades conocen con un mayor grado de certeza cuál sería el precio que impondrían las empresas en caso de ser monopolio, debería estarse a ese y no al que se sugiere en el test, lo cual no ha sido contemplado por el *Borrador de Guía*; (ii) si bien se acude al criterio de precio porque ayuda a reconocer el comportamiento de los consumidores, en el análisis de afectación de la competencia no deben dejarse por fuera otros efectos que la operación pueda traer a los consumidores diferentes a los precios, aspectos que en cualquier caso debería tener la SIC en consideración para la expedición de una guía definitiva.

La implementación del test no debería comportar entonces una simple valoración hipotética, sino también práctica, por lo que la autoridad de competencia en Colombia debería tener en cuenta, como ocurre en EE.UU., evidencias de las situaciones que evalúa. En algún punto las *US Guidelines* sugieren la evaluación de otros elementos tales como: (i) el comportamiento

histórico de los consumidores por cambios en el precio o en otros términos y condiciones; (ii) encuestas a los consumidores para obtener información de ellos respecto de la forma como se comportarían ante un cambio en los precios; (iii) en relación con la industria, apreciar la reacción de las empresas por cambios en los precios, ya sea porque sus rivales competidores los aumenten; y (iv) información objetiva acerca de las características de los productos, costos o demoras por cambiarlos.

Lo anterior no ha sido del todo desestimado por el *Borrador de Guía* cuando, a modo de ejemplo, en el numeral 82 referente a la intercambiabilidad de los productos en función de sus usos, establece: “*(...) Para efectos de este análisis se recurre a estudios de mercado, estudios sobre el comportamiento habitual de los consumidores y, actitudes y tendencias de consumo. De no disponer de estos estudios se recurre a las encuestas a consumidores*”. Adicionalmente la SIC, ante la ausencia de elementos para cálculo de elasticidad y no como un complemento del análisis, sugiere que:

(...) en los casos en que no exista información de precios y/o cantidades precisas para el desarrollo de análisis cuantitativos, las empresas intervenientes aporten estudios de mercado recientes que permitan apoyar el análisis cuantitativo y llegar a conclusiones razonables sobre la sustituibilidad. (Subrayas fuera de texto) (*Borrador de Guía*, 2012, num. 90).

Por otra parte, la elasticidad cruzada de la demanda permite definir si habrá un cambio en la demanda de un producto como consecuencia de la variación en el precio de otro, asumiendo

que algunos factores que pueden influir en la demanda se mantienen constantes, tales como los precios de otros productos, el número de consumidores y los ingresos y gustos de estos (THOMPSON, 1997, pp. 67-74).

Concepto similar trae el *Borrador de Guía* (2012, num. 84):

(...) 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 (...) manteniendo las demás variables constantes.

Como se evidencia en el *Borrador de Guía*, la SIC reconoce la importancia de acudir en el análisis a una herramienta técnica como la elasticidad cruzada de la demanda, que le permitiría llegar a conclusiones más acertadas respecto de la sustituibilidad y, en consecuencia, de la conformación del mercado relevante de producto. Esta herramienta microeconómica, desafortunadamente, debiéndolo ser, no es la más utilizada por esta autoridad, y el *Borrador de Guía* (2012, num. 87) no le sugiere a la SIC el uso obligatorio de ella, dado que le permite acudir a otros recursos técnicos pero menos precisos, ante la dificultad de conseguir la información estadística pertinente en lo que respecta a los precios y las cantidades vendidas, tanto de las empresas intervenientes como de los posibles competidores, entre otras variables a ser tenidas en cuenta en dicho análisis, en vez de instar a la autoridad a poner todos los medios a su alcance a fin de utilizar esta herramienta microeconómica como sucede en EE.UU. y la UE.

En todo caso, aunque el SSNIP y el cálculo de la elasticidad cruzada de la demanda deberían ser los pilares fundamentales y permanentes para las conclusiones de la SIC sobre los productos que conforman el mercado relevante, sin despreciar el análisis inicial de usos y características, sería importante además que esta autoridad se preguntara si efectivamente es posible para el monopolista hipotético (empresas cuya integración proyectan) aumentar los precios, incluyendo dentro de su análisis otros factores como el poder de compra de los consumidores y la existencia o no de barreras de entrada.

Probablemente, a mayor sustituibilidad de los productos menor posibilidad para las empresas integradas de fijar sus precios de modo independiente y, como consecuencia, de alterar la estructura del mercado competitivo que la SIC busca proteger por este mecanismo de intervención en la economía. Así lo han dicho las UE Directrices cuando establecen que:

(...) desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar. (Unión Europea, 97/C372/03).

De todas maneras, sin desconocer el costo asociado a su uso por la información que se re-

quiere para los efectos, existiendo herramientas econométricas objetivas como las arriba analizadas, en especial la relacionada con el cálculo de la elasticidad cruzada de la demanda²⁷, debería estarse a ellas y darles un valor especial al momento de evaluarlas con otros elementos e intentar efectuar, sin excepción, dichos cálculos en todas las operaciones.

Tal vez en este punto es necesario que la autoridad de competencia en Colombia se apoye con más fuerza en el equipo técnico económico que complementa el análisis jurídico que se efectúa de la operación.

2. Factores del lado de la oferta.

Capacidad de sustitución de la oferta

Además del análisis que la SIC efectúa de la capacidad de sustitución de la demanda de los productos de las empresas involucradas en las operaciones horizontales de integración que se someten a su consideración, esta algunas veces —porque no siempre ha ocurrido— evalúa la capacidad de sustitución de la oferta.

En Colombia, la SIC ha considerado que existe capacidad de sustitución de la oferta cuando un potencial competidor de las partes intervenientes en la operación puede modificar su línea de producción, para que en el corto plazo y

sin mayores costos la reoriente o desplace a los productos de las partes involucradas. De existir dicha sustituibilidad, se entendería que la SIC evaluaría tal situación como un factor que contrarrestaría la acción de la empresa resultante de la integración y, en esa medida, los efectos anticompetitivos que tal operación pudiera traer.

Uno de los casos en los que la SIC analizó este factor económico como un efecto de la operación proyectada fue con ocasión de la enajenación de la línea de detergentes en polvo por parte de PROCTER & GAMBLE a favor de COLGATE, al examinar la posibilidad de las empresas que producían jabones en barra de entrar a fabricar este tipo de detergentes. Concluyó que ello no era posible en la medida en que “(...) los procesos de producción de este tipo de jabones es (sic) completamente diferente e independiente al de los detergentes (...) Adicionalmente, el tiempo estimado para montar una nueva planta se encuentra entre los 12 y 20 meses”, lo que en consecuencia inmediatamente la hizo considerar que esto constituía una circunstancia “especialmente grave de llevarse a cabo la operación propuesta” (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 28037 de noviembre 12 de 2004).

Cabe anotar que este factor ha sido incluido de similar forma en las UE Directrices y en las *US Guidelines*, las primeras de las cuales han definido la capacidad de sustitución de la oferta como el hecho de que:

(...) los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos

27 Esta herramienta resulta ser tan precisa, y ha cobrado tanta relevancia en los análisis que se hacen en EE.UU., que se ha afirmado que si se conoce la elasticidad cruzada de la demanda, el mercado relevante puede ser definido sin necesidad de aplicación del test del monopolista hipotético (traducción libre de Coate Malcolm B. y Fischer Jeffrey H. (2008). “A practical guide to the hypothetical monopolist test for market definition”. Journal of Competition Law & Economics. Oxford: Published by Oxford University Press, p. 1035. Recuperado el 8 de abril del 2012 de la página web <http://jcle.oxfordjournals.org/> de la base de datos de la Universidad de los Andes.

gos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas.

En EE.UU. se consideran participantes en el mercado de referencia aquellas empresas que al momento de realizar el análisis no producen o venden los productos en determinada área, pero que lo pueden hacer en el corto plazo sin incurrir en costos hundidos sustanciales y en consecuencia pueden reorientar su capacidad de producción a los productos de referencia, o pueden introducir capacidad de producción sirviendo a ese mercado (COATE & FISCHER, 2008, p. 1037).

Ahora bien, nótese que el *Borrador de Guía* (2012, p. 10, num. 93) trae un concepto prácticamente idéntico al que se infiere de la lectura de las resoluciones, y que fue planteado al inicio del presente título, al establecer que con la sustituibilidad de la oferta:

(...) se busca establecer si ante un aumento en el precio de un producto, los fabricantes de otros productos pueden reorientar sus instalaciones productivas –en el corto plazo y a un costo reducido– hacia la producción del bien relevante a la operación de integración, neutralizando un eventual aumento de precios.

Sin embargo este documento, como ha ocurrido en la UE y en EE.UU., trae el concepto de capacidad de sustitución de oferta como un factor a ser considerado en la definición del mercado

relevante y no como una medida que contrarrestaría los efectos lesivos en la competencia, lo que en términos prácticos debería prevalecer; en consecuencia, este aspecto debería ser analizado por la SIC en una fase posterior, como en otras ocasiones ha ocurrido al momento de analizar las barreras de entrada al mercado relevante, porque incluir dentro del mercado de producto los productos de competidores potenciales generaría un mercado mucho más amplio que probablemente distorsionaría la realidad, dada la aleatoriedad de su efectiva ocurrencia.

La SIC ha evaluado la capacidad de sustitución de la oferta tanto al momento de definir el mercado relevante como al momento de analizar las barreras de entrada de modo aleatorio. Sin embargo, en la Resolución N° 9192 de marzo 30 de 2007, que estudiaba la operación de venta de las acciones de PRODUCTORA DE JUGOS S.A. que tenían BAVARIA y otras empresas a favor de Postobón, hizo uso de esta herramienta en los dos aspectos concomitantemente, así: (i) cuando pretendía diferenciar el mercado de refrescos de jugo, de los néctares y jugos industriales en función de las características de los empaques, dijo que “(...) es aplicable el criterio de sustituibilidad de la oferta, toda vez que la inversión necesaria para envasar los productos en diferentes tipos de empaque no es cuantiosa”, y (ii) al momento de evaluar las barreras de entrada analizó la posibilidad de que las plantas procesadoras de leche pudieran ser utilizadas para el procesamiento de jugos, uno de los segmentos del mercado relevante que se analizaba. Sin embargo desestimó tal posibilidad de sustitución de la oferta, no solo por la necesidad de que las

empresas titulares de dichas plantas debían adquirir activos adicionales, sino por la ausencia de *know how* en la producción de los productos de referencia, sin considerar la posibilidad de obtención en el corto plazo y sin mayores costos de esos dos elementos. Sin analizar las conclusiones arrojadas en cada evento, lo que resalta es la forma indiscriminada en que se utiliza este elemento y lo moldeable que resulta para esa autoridad.

En consecuencia, lo que se cuestiona de la autoridad de competencia en Colombia no es la forma en que determina la sustitución de la oferta, pues el concepto microeconómico podría decirse es estándar, sino la ausencia de una regla que la obligue a realizar tal análisis en todos los casos, sin excepción alguna, dándole un peso a este factor, si no se puede igual, muy cercano al que se le ha otorgado a la capacidad de sustitución de la demanda.

Para finalizar el análisis del presente título cabe traer a colación la importancia de considerar la teoría económica de los mercados en disputa²⁸, que según MILLER (2001-2002, p. 649),

Contempla una hipótesis sobre la determinación de precios según la cual aunque haya solo unas cuantas empresas en una industria estas se verán forzadas a fijar un precio más o menos competitivo debido a la facilidad de acceso de nuevos participantes, el aspecto clave de un mercado en disputa es que la entrada y la salida de la industria no tiene relativamente costo alguno.

Con base en lo anterior, para el análisis de los efectos de las operaciones en la estructura de mercado resulta fundamental examinar la capacidad de sustitución de la oferta, que será mayor en la medida en que existan barreras no significativas de entrada al mercado relevante que se defina, lo que en consecuencia podría impedir a las empresas que proyectan la integración aumentar los precios, por la presencia de participantes potenciales que sin restricciones diferentes al precio y los costos relacionados con su decisión podrían acceder al mercado y recuperar su inversión en cualquier momento en el futuro, sin que en ese sentido la existencia de pocos competidores generara efectos anticompetitivos en el mercado.

B. Mercado relevante geográfico

Previa expedición del *Borrador de Guía*, el mercado relevante geográfico ha sido entendido por la SIC como el “(...) área donde concurren de manera simultánea las empresas intervenientes donde existen condiciones de competencia homogéneas que la diferencian de otras áreas” (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 34904 de 18 de diciembre de 2006).

De la misma forma se encuentra definido en la UE:

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geo-

²⁸ En inglés, Contestable Markets, teoría formulada por William J. Baumol. Ver: <http://econ.ucdenver.edu/beckman/research/readings/baumol-contestable.pdf>. Recuperada el 25 de abril del 2012.

gráficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. (Unión Europea, 97/C 372/03).

Como ocurre en la UE y en EE.UU., en el proceso de su definición debe determinarse la existencia de fuentes reales de suministro de productos alternativos para los consumidores, en caso de aumento de los precios de los productos involucrados en la operación, esto es, debe analizarse si los consumidores podrían acudir a consumir o solicitar productos a empresas localizadas en otros territorios, o si estas podrían servir a los consumidores, en el corto plazo y sin costos significativos.

El *Borrador de Guía*, no lejano a lo que antes se ha expresado, desde el punto de vista de las empresas involucradas en la operación y no desde el punto de vista del consumidor ha definido que el mercado relevante geográfico lo compone el área mínima necesaria donde dichas empresas encontrarían rentable aumentar los precios de los productos, siempre que los precios de todos los productos en otras áreas se mantuvieran constantes.

El procedimiento para su determinación es muy similar a la forma en que se define el mercado relevante de producto, solo que se mira el desplazamiento del consumidor, ya no en función únicamente del producto que adquiriría, sino de la zona donde lo transaría.

En la mayoría de los casos, cuando la SIC establece que las empresas involucradas en la operación venden sus productos en diferentes

áreas del territorio nacional, determina que el mercado geográfico es el territorio colombiano, una solución al parecer simplista que no implica mucho esfuerzo para la autoridad y que puede arrojar conclusiones distorsionadas del mercado geográfico.

Como una reacción a lo anterior, y aunque en ocasiones parece haber acertado en la definición del mercado geográfico²⁹, en el presente escrito se plantean tres elementos que la SIC debería tener en cuenta no solo para la expedición de la guía definitiva, sino al momento de evaluar las integraciones sometidas a su consideración.

El primer elemento está relacionado con el deber de esta autoridad de tener en cuenta no solo la estructura de la oferta en sentido simple, esto es, los lugares donde se producen o distribuyen los productos, sino las características, necesidades de consumo y preferencias de los consumidores. A modo de ejemplo, en materia de bebidas no alcohólicas, cuando el consumo está determinado por la posibilidad de refrescarse, debe resultar alguna variación en la estructura

29 Tal es el caso de la integración Éxito-Carulla. En este evento la SIC analizó las zonas geográficas dentro del territorio colombiano donde podría alterarse la competencia, así: primero, excluyó aquellas zonas donde los establecimientos (hipermercados o supermercados) de las dos empresas no competían directamente y en consecuencia los efectos de la integración no serían inmediatos; segundo, determinó que los consumidores a la hora de evaluar su consumo en uno u otro establecimiento no solo tenían en cuenta el precio de los productos, sino el costo del transporte, más que en sentido monetario, en sentido temporal, y en consecuencia determinó la incidencia del lugar de ubicación de los establecimientos en función de la posibilidad de los consumidores de llegar en 15 minutos a ellos; y tercero, diferenció las áreas, en función del tamaño de las ciudades o municipios, en grandes, pequeñas e intermedias. Además de lo anterior tuvo en cuenta las asimetrías locales dadas por la negociación con proveedores, ubicación de los centros de distribución y el posicionamiento de marca, que ameritaron un análisis cuidadoso y preciso. Ver: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución N° 34904 de 18 de diciembre de 2006.

de la oferta entre zonas costeras y zonas del interior con climas templados, y en esa medida deberían atenderse dichos elementos diferenciadores, no de los productos *per se*, sino del consumo de los mismos. Cabe recordar que el *Borrador de Guía* hace referencia a las áreas mínimas, pretendiendo una definición restringida. La SIC en ciertas ocasiones ha determinado que el mercado geográfico es nacional cuando no encuentra diferencias a nivel regional, de modo que si hay diferencias a nivel regional, este debería segmentarse: “(...) *De acuerdo con la información aportada en la solicitud, no se evidencian diferencias sustanciales en relación con los hábitos de consumo en las distintas regiones del país, lo cual apunta a señalar la existencia de un mercado geográfico de orden nacional.*” (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución N° 9192 de 2007).

No obstante pretendiera la autoridad determinar áreas mínimas de transacción de los productos asociados a los de las empresas involucradas en la operación, no por ello deberían desatenderse dos coyunturas actuales que aquí se exponen como los dos restantes elementos a ser tenidos en cuenta por la SIC.

El primero de ellos es el relacionado con la ausencia de límites territoriales, cuando (i) la nueva realidad del comercio electrónico permite a los consumidores adquirir productos sin necesidad de desplazarse, a pesar de otros costos adicionales en los que están dispuestos a incurrir, v. gr. tener una tarjeta de crédito, pagar intereses y costos de importación, y (ii) existen zonas limítrofes, como el caso de Norte del Santander, en Colombia, donde sus habitantes ante un au-

mento en los precios por parte de un productor que ofrece sus productos en ese territorio, estarían dispuestos y en capacidad de adquirir los ofrecidos por empresas venezolanas en territorio de ese país.

Por último, la coyuntura actual de proliferación de tratados de libre comercio suscritos por Colombia, que dan lugar a la creación de zonas de libre comercio, deben llevar a la consideración por parte de la SIC de zonas geográficas más extensas, al punto de incluir los territorios de los países con los que se suscriben tales acuerdos, en la medida en que el mercado califica como uno de competencia internacional y no exclusivamente territorial, teniendo en cuenta que los obstáculos³⁰ que usualmente encuentra un consumidor para adquirir un producto o un productor para ofrecerlo comprende, a modo de ejemplo, aquellos relacionados con un mayor precio del producto, dadas las barreras arancelarias que se eliminan con este mecanismo de integración económica entre los Estados.³¹

Usualmente la determinación del mercado geográfico acaba estando definida por los costos de transporte y, como lo establecen las *US Guidelines*, por otras razones tales como el idioma, la regulación, las barreras arancelarias y no aran-

30 Las *US Guidelines* identifican obstáculos distintos a los costos de transporte, tales como el idioma, la regulación, las barreras arancelarias y no arancelarias.

31 A través de los tratados de libre comercio se crean zonas de libre comercio que, bajo el artículo XXIV del GATT, se entienden como: “(...) un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (...) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio”.

celarias, pero en ningún caso por los límites del territorio donde el Estado ejerce su soberanía.

Este punto no ha sido del todo desconocido por la SIC. En el *Borrador de Guía*, numeral 110, establece que para la definición de este mercado será necesario tener en cuenta las características de “(...) competencia de las importaciones o del exterior”, las cuales aumentan cuando personas extranjeras, a cero arancel o uno menor al usual, se encuentran en capacidad de ofrecer sus productos en Colombia.

Cabe recordar que la SIC en este punto debería estarse al análisis de los cambios de estructura de mercados, que pueden tener un alcance internacional. En opinión de quien escribe estas líneas, la medición del mercado de ningún modo puede realizarse de la misma manera antes y después de un tratado de libre comercio con un país como EE.UU., con el mayor PIB a nivel mundial.³²

A modo de ejemplo, podría suceder que como reacción natural a un tratado de libre comercio, dos empresas nacionales que pudieran verse afectadas por competir en las mismas condiciones con empresas de EE.UU. en Colombia, proyectaran integrarse a fin de minimizar los efectos del tratado, sin que se afectaran elementos asociados a la estructura del mercado de competencia internacional entre esos dos países. De no tenerse en cuenta dicha realidad de mercado integrado por razón del tratado, si estas empresas tuvieran una alta participación

en el mercado y existieran altas barreras de entrada, entre otros aspectos en el mercado local, entendido como el comprendido dentro de los límites geográficos, la operación proyectada para minimizar los efectos del tratado, seguramente podría resultar objetada.

III. EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN HORIZONTAL

A. Análisis de cambios en la estructura del mercado

Se hace necesario recordar que, en cumplimiento de los objetivos, la SIC como autoridad de competencia, bajo el régimen de integraciones empresariales, tiene el deber de analizar la forma en que la estructura del mercado se altera sustancialmente disminuyendo la competencia del mismo, como consecuencia de las operaciones horizontales de integración sometidas a su control.

Es así como a la SIC debería preocuparle y por tanto objetar o condicionar aquellas operaciones horizontales de integración que pudieran traer como resultado una afectación sustancial o una fuerte variación de los elementos de un mercado de competencia perfecta o altamente competitivo que debe proteger, similar a lo que ocurre cuando se aplica el SLC.

A modo de ejemplo, a esta autoridad le deben concernir las operaciones horizontales de integración, cuyos posibles efectos lleven a: (i) la disminución en el número de vendedores o compradores en el mercado; (ii) la reducción

32 Ver: <http://www.indexmundi.com/g/r.aspx?t=0&v=65&l=es>. Recuperado el 25 de abril del 2012.

de la oferta y fijación de precios superiores a los competitivos; (iii) la generación de barreras significantes para permanecer en o entrar en el mercado, y (iv) al aumento de los costos de información o transacción (THOMPSON, 1997, pp. 589-590).

Sobre el particular vale la pena recordar que en los mercados de competencia perfecta que la SIC busca preservar participan numerosas empresas y ninguna se encuentra en capacidad de alterar el precio de su producto, por lo que si como consecuencia de una integración se elimina esa diversidad de competidores, y al conformarse una única empresa esta adquiere el poder para determinar la cantidad y el precio de los productos y aumentar las barreras de entrada al mercado donde participa, la SIC debe prender sus signos de alarma.

Es allí donde la SIC debe centrar sus esfuerzos por proteger la competencia en el mercado, y por lo que, en consecuencia, debe preocuparse la posibilidad de generación de los costos sociales del monopolio, no la creación de una posición de dominio per se.

En los mercados monopolistas, a diferencia de los de competencia perfecta, existe un único proveedor de productos para los cuales no hay sustitutos cercanos, que usualmente está en capacidad, además porque le interesa, de ofrecer menos cantidad de productos a mayores precios, con solo restringir la producción (MILLER, 2001-2022, pp. 605-607).

En este tipo de mercados los consumidores pueden verse forzados a pagar un precio superior al

costo marginal de producción por el producto de un monopolista, entendido como el valor que la sociedad sacrifica con el objeto de obtener la última unidad producida (MILLER, 2001-2002, pp. 605-607), provocando como resultado una pérdida del bienestar de los consumidores que se trasladan al monopolista, y es lo que se conoce como costo social del monopolio o pérdida del bienestar social o pérdida irrecuperable de eficiencia.³³

Cabe anotar que esa situación del monopolista no prospera si su poder de mercado y de fijación de precios no va acompañado de altas barreras de entrada, que restrinjan la posibilidad de permanencia o de ingreso a eventuales competidores.

Conforme a lo anterior, queda claro que evitar la creación de una posición fuerte en un mercado no debe ser en lo que se centre la autoridad de competencia —como ocurre en los países donde se utiliza el DT, que no necesariamente generan un costo social, como cuando la integración de empresas origina grandes economías de escala que no pueden alcanzarse de otra forma—, sino en evitar situaciones de pérdida de bienestar social ocasionadas por lo que los consumidores dejan de adquirir o los productores de producir, por no hacerlo a precio de mercado.

33 Landes, profesor de Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, ha dicho que los monopolios no son objetables porque existan precios superiores de los productos que impliquen mayores beneficios para los monopolistas, sino porque se reduzca la oferta e incremente el precio creando así una pérdida irrecuperable de la eficiencia. Citado en Thompson, Samuel C Jr. (1997). *A practitioner's guide the economics of the antitrust merger guidelines*. Miami: Dean, University of Miami, School of Law by The American Law Institute, pp. 173.

B. Análisis de cambios en los niveles de concentración de los mercados

Como se expuso en el numeral anterior, la SIC debe mirar las posibles repercusiones en el mercado con ocasión del ejercicio del poder que se alcanzaría a través de una operación horizontal de integración, mas no juzgar la adquisición de dicho poder de mercado *per se*, como ha ocurrido en muchas ocasiones.

El *Borrador de Guía* no está lejos del planteamiento hecho en el literal A anterior, pues allí se determina que una vez definido el mercado relevante se procede a calcular las cuotas de participación y señala lo siguiente para efectos del análisis de las cuotas de mercado:

(...) La SIC utilizará la participación de mercado de los intervenientes para determinar si las mismas pueden restringir la libre competencia como resultado de la operación de concentración. Así, si como consecuencia de la operación planteada la estructura del mercado no se modifica sustancialmente, no será necesario un análisis más detallado que incluya barreras a la entrada y otros factores. (Subraya fuera de texto).

No obstante lo anterior, nótese que dicha autoridad, como ha ocurrido en muchos de los casos analizados por ella, parece inferir que hay cambios en la estructura de mercado cuando se aumenta el poder de mercado de una empresa, sin analizar cómo sería el ejercicio de esa posición, los efectos en la reducción de la oferta ni el aumento de los precios y de las barreras de entrada.

Evidencia de lo anterior es que, debiendo estar bajo un sistema que aplique la disminución sustancial de la competencia (SLC) de conformidad con el objetivo planteado, acude al test de posición de dominio (DT), “*para descartar la hipótesis del fortalecimiento de una posición de dominio*” cuando ello no es en lo que debe centrarse la SIC, como arriba se ha advertido.

Ahora bien, es importante aclarar que la identificación de cambios en el poder de mercado no es ajena a los análisis de las operaciones horizontales de integración en los sistemas donde se usa el SLC, sin embargo no debe constituir la única razón para su objeción. De manera que bajo el SLC, como ocurre en EE.UU. y como se plantea en el *Borrador de Guía*, no es extraño que se utilicen los mismos indicadores que se usan en países que aplican el DT para conocer el poder relativo de las empresas³⁴, advirtiendo

34 Los indicadores para el cálculo de las cuotas de mercado y su variación no son objeto de estudio del presente escrito, pero ha de tenerse en cuenta que el más utilizado por las autoridades de competencia a nivel mundial es el Índice Herfindahl-Hirschman (IHH), que como lo establece el referido Borrador de Guía, “se obtiene al sumar el cuadrado de las participaciones de mercado de cada una de las empresas competidoras en el mercado relevante definido”. Con este indicador los mercados se clasifican en: (i) desconcentrados, (ii) moderadamente concentrados y (iii) altamente concentrados, y se establecen unos criterios cuantitativos que determinan en qué casos pueden producirse efectos en la competencia.

En países que utilizan el criterio de SLC, como en EE.UU, ha cambiado el paradigma de verificar únicamente, a modo de ejemplo, las variaciones del IHH o el cambio en las cuotas de mercado a raíz de la integración, trayendo nuevos índices que permiten medir los efectos de la integración en otros aspectos, como la posibilidad de las empresas integradas de aumentar sus precios y en ese sentido de afectar la estructura de mercado competitiva. Uno de estos índices es el bien conocido UPP (Upward Pricing Pressure), que lo traen las US Guidelines para analizar la posibilidad que tendría una de las empresas a integrarse, de aumentar los precios de sus productos diferenciados, toda vez que la demanda podría desviarse hacia otros productos sin que sean perfectamente sustitutos, específicamente a aquellos productos de la otra empresa integrada, lo que haría rentable para ellas incrementar los precios, dado que al final captarían la diferencia a cargo de los consumidores, situación indeseable. (Sección 6.1., US Guidelines). La SIC, en consecuencia, de acuerdo con la política de competencia que rige en Colombia, podría considerar en sus análisis aspectos como los que se acaban de señalar y aplicar

que dichos indicadores constituyen el punto de partida y no la conclusión de los análisis que realizan las autoridades de competencia.

Expertos en la materia han resaltado que puede haber casos donde (i) una posición de dominio no genere efectos anticompetitivos o donde (ii) pese a que la operación no traiga como resultado una empresa líder en el mercado, dichos efectos se generen, por lo que resultaría más apropiado el SLC dado que puede abarcar ambas posibilidades (OECD, 2009, pp. 7-9).

En consecuencia la SIC debe proponerse en forma juiciosa y seria materializar sus análisis no solo en los diversos estudios de indicadores de poder de mercado como lo ha venido realizando, sino en los efectos de las operaciones horizontales de integración, como las que el *Borrador de Guía* caracteriza como efectos unilaterales o coordinados de ellas³⁵, previa definición precisa del mercado relevante, bajo un criterio de SLC acorde con la política de competencia en el país. Sobre este último punto cabe resaltar que a dicho criterio se le ha criticado la dificultad para alcanzar certeza jurídica, sin embargo se ha establecido que a ella puede llegarse si se adoptan guías en donde se explique cómo debe aplicarse dicho test, que exige que elementos

en lo que resulte pertinente el UPP que viene tomando fuerza ante otras autoridades de competencia en el mundo como en EEUU.

35 Borrador de Guía. Op. cit., pp. 14-16, numerales 142: “(...) Así, para las integraciones horizontales, el primer efecto que puede producir es la disminución en el número de competidores en el mercado relevante y el desincentivo a la entrada de competidores potenciales. Igualmente, como consecuencia de la integración, puede reforzarse la capacidad de una o de varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes”, y 167: “(...) Del mismo modo, una integración horizontal puede dar origen a una coordinación entre las empresas resultantes de la integración y sus competidores inmediatos, para restringir la oferta, aumentar el nivel de precios, etc.”.

microeconómicos como los que se expusieron en capítulo anterior, resulten fundamentales en los análisis de las operaciones de integración horizontal empresarial (OECD, 2009, pp. 7-9).

Para cerrar este acápite cabe traer a colación uno de los últimos casos de gran relevancia, que fue objeto de revisión por parte de la SIC, y que corresponde a aquel donde esta autoridad estudió la adquisición indirecta del 100% de las acciones de PROTABACO SAS por parte del grupo BRITISH AMERICAN TOBACCO (BAT). El mercado relevante de producto se determinó con base en las características internas y externas de los cigarrillos así como en función de los precios. Se establecieron dos segmentos de mercado, uno de precios altos y otro de medios y bajos, cuando se sometió a su consideración la integración entre PROTABACO y COLTABACO, empresa líder en dichos mercados. La integración fue objetada por la SIC por los efectos anticompetitivos que podrían generarse.

Si bien como consecuencia de la decisión preliminar se esperaba que esta operación también resultara objetaba, cuando se trató de la integración del segundo y el tercer competidor en esos mismos mercados la SIC dio vía libre a la operación, entre otras cosas, porque no solo uno de los segmentos se podría ver afectado (el de precios medios y bajos), sino además porque existía una mayor capacidad de la oferta y las barreras de entrada eran mínimas, cuando bajo una estructura de importaciones lograría ampliarse la oferta. Sin embargo, pareciera ser que una de las situaciones relevantes para que la operación procediera fue la ausencia de efectos verticales.

Lo que debe rescatarse, y por esa razón dicho caso se trae al presente escrito, es el comportamiento de la SIC asociado al análisis de los efectos verticales en la competencia de una operación de integración horizontal, que ya es el segundo donde dicho elemento cobra mayor relevancia. En el caso PROTABACO y COLTABACO un elemento fundamental para la objeción fue la posible creación de un monopsonio para la compra de hoja de tabaco, que podría llevar a la imposición de condiciones a los proveedores agricultores, mientras que en el caso PROTABACO y BAT ello no se presentaba.

Como consecuencia de lo anterior pareciera vislumbrarse la inclusión del análisis de otros efectos distintos a los unilaterales y coordinados que la SIC entra a estudiar, asociado a los efectos verticales de las operaciones, situación que no es usual pero que por el hecho de haberse iniciado por parte de esta autoridad de competencia debería o proscribirse o generalizarse en los análisis que ella debe efectuar. Cabe anotar que este punto no es tratado en el *Borrador de Guía* donde, inclusive, conforme consta en los numerales 164 y 165, se establece que los efectos verticales se analizan en las operaciones integradas horizontalmente cuando además se encuentran integradas verticalmente, situación que en ninguno de los dos casos antes referidos ocurría. (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 29937 del 11 de junio de 2010. Documento con Radicación No.11074994 del 16 de junio de 2011).

IV. CONCLUSIONES

1. El régimen de operaciones horizontales de integración permite a la SIC, en su condición de autoridad nacional de competencia, intervenir en la economía limitando la autonomía de la voluntad privada de las empresas parte de las operaciones, impidiendo o condicionándolas, a fin de evitar alteraciones sustanciales en el mercado como consecuencia de ellas, propendiendo por la preservación de una estructura competitiva.
2. De acuerdo con la política de competencia vigente en Colombia, la SIC debería adoptar el criterio de SLC analizando los efectos anticompetitivos de las operaciones en la estructura del mercado, y evitar el DT que censura principalmente la adquisición del poder de mercado vía integración.
3. La definición del mercado relevante de producto que efectúe la SIC debe basarse en elementos microeconómicos de reconocido valor técnico, como la elasticidad precio de la demanda y la elasticidad cruzada de la demanda, que permiten análisis cuantitativos y más precisos, sin excepción alguna, con prevalencia sobre análisis de características y finalidades de los productos.
4. La SIC, para efectos de determinación del mercado relevante geográfico, debe establecer criterios asociados a la forma en que deben evaluarse elementos producto de la globalización, tales como mercados electrónicos internacionales y creación de zonas de libre comercio origi-

nadas en tratados de libre comercio; además de lo anterior no debe olvidar la existencia de diferencias en cuanto a preferencias y características de los consumidores en distintas regiones dentro del territorio nacional.

5. El cálculo y análisis de variación de las cuotas de participación en el mercado antes y después de una operación de integración horizontal que proyecte realizarse, debe ser uno de los elementos mas no el único para analizar las variaciones en la estructura de los mercados competitivos, ya que solo se refiere a la reducción en el número de competidores y olvida otros como la posibilidad de reducir cantidades en la oferta y aumentar el precio, la existencia de barreras de entrada, la ausencia de sustituibilidad de la oferta, por ejemplo. En consecuencia dicho elemento no deber ser la única *ratio* de las decisiones de la SIC.

6. Para los funcionarios competentes al interior de la SIC y para las empresas que proyectan llevar a cabo la operación no basta conocer los criterios que eventualmente puede llegar a aplicar esta autoridad, algunos de los cuales se esbozan en el *Borrador de Guía*; es necesaria su unificación y, en caso de imposibilidad, la justificación de las diferencias a fin de dar mayor transparencia a las actuaciones administrativas.

Bibliografía

BAUMOL, WILLIAM J. (1982). Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 1: Published by: American Economic As-

sociation. Recuperado el 25 de abril del 2012 de <http://econ.ucdenver.edu/beckman/research/readings/baumol-contestable.pdf> (traducción libre).

VELJANOVSKI, CENTO. (2003). *EC Merger Policy after GE/Honeywell and Airtours*, 1 july, Case Associates Competition & Communication Economists (traducción libre).

COATE, MALCOLM B. y JEFFREY H., FISCHER. (2008). A practical guide to the hypothetical monopolist test for market definition. *Journal of Competition Law & Economics*. Oxford: Published by Oxford University Press. Recuperado el 8 de abril del 2012 de la página web <http://jcle.oxfordjournals.org/> de la base de datos de la Universidad de los Andes (traducción libre).

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-535 de 1997.

Sentencia C-228 de 2010.

Sentencia T-240 de 1993.

DALJORD, OYSTEIN; SORGARD, LARS & THOMASSEN, OYVIND. (2007). The ssNIP Test and Market Definition With the Aggregate Diversion Ratio: a Reply to Katz and Shapiro. *Journal of Competition Law & Economics*. Oxford: Published by Oxford University Press. Recuperado el 8 de abril del 2012 de la página web <http://jcle.oxfordjournals.org/> de la base de datos de la Universidad de los Andes (traducción libre).

Decreto 1302 de 1964.

Decreto 2153 de 1992.

Estados Unidos. Clayton Act.

<http://www.indexmundi.com/g/r.aspx?t=0&v=65&l=es>.

La Unión Europea, 2004/C31/03.

La Unión Europea, 97/C 372/03.

Ley 155 de 1959.

Ley 1340 de 2009.

MILLER, LE ROY ROGER. (2001-2002). *Economía Hoy*. Bogotá: Pearson Educación de Colombia Ltda.

MIRANDA, ALFONSO & JUAN DAVID, GUTIÉRREZ. (2007). *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Bogotá: CEDEC, Pontificia Universidad Javeriana. Octubre. Recuperado el 27 de noviembre del 2011 del sitio web <http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). (2002). *Policy Roundtables, Substantive Criteria used for Merger Assessment*. Recuperado el 4 de abril del 2012 de la página web <http://www.oecd.org/dataoecd/54/3/2500227.pdf> (traducción libre).

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). (2009). *Policy Roundtables,*

Standard for Merger Review. Recuperado el 4 de abril del 2012 de la página web <http://www.oecd.org/dataoecd/28/52/45247537.pdf> (traducción libre).

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (s.f.). *El control sobre las integraciones empresariales*. Recuperado el 18 de febrero del 2012 del sitio web: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=7109

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (s.f.). *Guía de análisis de integraciones empresariales (horizontales, verticales y conglomerados)*. Recuperado el 4 de abril del 2012 del sitio web http://www.sic.gov.co/en/c/document_library/get_file?uuid=38fc9d38-accb-4d94-a92d-b4f4fc29ae92&groupId=10157

<http://www.sic.gov.co/en/web/guest/665>

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Resolución N° 16453 de julio 23 de 2004.

Resolución N° 27920 de noviembre 10 de 2004.

Resolución N° 28037 de noviembre 12 de 2004.

Resolución N° 34904 de 18 de diciembre de 2006.

Resolución N° 9192 de marzo 30 de 2007.

Resolución N° 24374 de agosto 08 de 2007.

Resolución N° 29937 de junio 11 de 2010.

Resolución N° 35006 de junio 30 de 2010.

Documento con Radicación No. 11074994 del
16 de junio de 2011.

Resolución N° 52778 de septiembre 29 de
2011.

THOMPSON, SAMUEL C. JR. (1997). *A practitioner's
guide the economics of the antitrust merger*

guidelines. Miami: Dean, University of Miami,
School of Law by The American Law Institute,
pp. 67-74 (traducción libre).

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE
COMMISSION. (2010). *Horizontal Merger Guidelines
issued*. August 19 (traducción libre).