

**LAS BARRERAS DE ENTRADA COMO CRITERIO DE ANÁLISIS  
PARA DETERMINAR LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE  
UNA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL**

Autores:

Juliana Castrillón Ayerbe

Carolina Correal Rodríguez



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL  
Bogotá D.C.  
2012**

**LAS BARRERAS DE ENTRADA COMO CRITERIO DE ANÁLISIS PARA  
DETERMINAR LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE UNA INTEGRACIÓN  
EMPRESARIAL**

**Autores:**

Juliana Castrillón Ayerbe

Carolina Correal Rodríguez

**Presentado para optar por el Título de Especialista en Derecho Comercial**

**Director:**

Dr. José Elías Del Hierro Hoyos



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL  
Bogotá D.C.  
2012**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

## **Agradecimientos**

Gracias al Doctor José Elías Del Hierro Hoyos por su apoyo, dedicación y orientación en la realización de este trabajo de grado.

|  |    |
|--|----|
| Resumen .....  | 6  |
| Introducción:.....   | 7  |
| Precisión Conceptual .....   | 9  |
| Desarrollo de las agencias de competencia en Europa y Estados Unidos. .... | 12 |
| Aplicación en Colombia .....   | 19 |
| Guía Práctica .....  | 34 |
| Conclusión.....  | 37 |
| Bibliografía.....  | 38 |

## **“LAS BARRERAS DE ENTRADA COMO CRITERIO DE ANÁLISIS PARA DETERMINAR LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE UNA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL”**

### **Resumen**

Las implicaciones de las integraciones empresariales al interior de una economía no pueden ser pasadas por alto en tanto que algunas veces, como resultado de las mismas, se pone en juego el normal desarrollo de un mercado en condiciones de libre competencia. Así las cosas, las tradiciones jurídicas en materia de derecho de la competencia, han establecido la innegable necesidad de ejercer un control previo o *ex ante* a la materialización de las integraciones que se pretendan. Se trata de un instrumento preventivo mediante el cual se intenta evitar que la competencia se vea significativamente afectada. La legislación colombiana, en concordancia con los parámetros establecidos y aplicados por las agencias de competencia en el mundo como la *Federal Trade Commission* y la Comisión Europea, dispone un control estructural sobre las operaciones de integración empresarial que tengan efectos en el mercado colombiano. Es precisamente en este contexto que cobra cabal importancia la noción de las denominadas “Barreras de Entrada” como criterio de análisis de fundamental trascendencia en la función de control en comento, cuyo desarrollo sistemático en el derecho comparado resulta un potencial de influencia en nuestro ordenamiento que no debe ser pasado por alto. Así las cosas, es nuestro propósito demostrar que el desarrollo del marco doctrinal que realiza el principal ente que ejerce el control previo de las integraciones en Colombia, puede verse enriquecido de los avances que otras latitudes han realizado en materia de las barreras de entrada como criterio de control de las integraciones.

## **Introducción:**

Para la Corte Constitucional Colombiana, uno de los contenidos específicos de la libertad económica es la garantía de la libre competencia económica, y, el núcleo esencial de esta última, es la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas<sup>1</sup>.

Las implicaciones de las integraciones empresariales al interior de una economía no pueden ser pasadas por alto en tanto que algunas veces, como resultado de las mismas, se pone en juego el normal desarrollo de un mercado en condiciones de libre competencia. En efecto, los alcances de este tipo de operaciones no siempre se configuran como positivos<sup>2</sup>; al verse la oferta reducida, se genera un poder de mercado cuyo ejercicio indebido trae como resultado efectos anticompetitivos. Como consecuencia de esta situación, los consumidores se ven perjudicados pues sus alternativas de oferta, menores a las existentes antes de la operación de integración, pueden dejar de ser eficientes e innovadoras. Por lo tanto, la calidad de sus productos se vería disminuida, y al no haber muchos competidores, los oferentes existentes pueden darse el lujo de incrementar los precios de los mismos.

Así las cosas, las tradiciones jurídicas en materia de derecho de la competencia, han establecido la innegable necesidad de ejercer un control previo o *ex ante* a la materialización de las integraciones que se pretendan. Se trata de un instrumento preventivo mediante el cual se intenta evitar que la competencia se vea efectiva y significativamente afectada. En últimas lo que se busca es amparar el bienestar que un mercado competitivo ofrece a los consumidores quienes frente a este escenario cuentan con ventajas de eficiencia, innovación, precios bajos y mejores calidades. Igualmente se persigue proteger a

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-228 de 2010. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>2</sup> Por medio de las integraciones los mercados pueden expandirse y brindar beneficios a las economías. Esto ocurre por ejemplo, mediante el desarrollo eficiente de más y nuevos productos o a través de la reducción de costos de producción o de distribución. Al verse incrementada la eficiencia, el mercado se vuelve más competitivo ofreciendo a los consumidores los beneficios de productos de mayor calidad y precios justos.

pequeños jugadores que ante la presencia de un agente económico de grandes dimensiones podrían llegar a ser eliminados de un mercado determinado.<sup>3</sup>

La Comisión Europea y la *Federal Trade Commission* junto con el Departamento de Justicia de Estados Unidos (*United States Department Of Justice – DOJ*), se han encargado de establecer los parámetros básicos necesarios que deben guiar el proceso de evaluación que las respectivas autoridades competentes deben llevar a cabo a la hora de analizar los efectos anticompetitivos de cualquier tipo de integración, pero que para efectos del presente estudio delimitaremos a las integraciones horizontales. Se trata de las Guías para las Fusiones Horizontales (“*Horizontal Merger Guidelines*”) cuya versión más reciente fue actualizada en el 2010 por el U.S. *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission*, y de las Guías para la Valoración de Integraciones Horizontales (“*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*”) de 2004 de la Comisión Europea (*European Commission*).

Dentro de los lineamientos que ambas guías consagran, y para lo que al presente documento concierne, se destaca la incuestionable importancia de llevar a cabo dentro del análisis de las integraciones, el estudio de las condiciones en las que puede o no darse la entrada de nuevos participantes al mercado relevante en el que se pretenda realizar la operación de concentración.

---

<sup>3</sup> Esto ocurre, por ejemplo, con operaciones de tipo vertical en las cuales la integración de la competencia con el proveedor de materias primas, puede dejar a los otros agentes sin acceso a los insumos necesarios para seguir compitiendo de manera efectiva en el mercado.



## Precisión Conceptual

Es precisamente en desarrollo de esta materia que cobra cabal importancia la noción de las denominadas “Barreras de Entrada” (*“Barriers to Entry”*). No existe una definición definitiva acogida unánimemente por los teóricos del mundo, sin embargo, Joe Bain y George Stigler han intentado darle significado al concepto ostentando ambas definiciones gran aceptación a nivel mundial<sup>4</sup>. “El primero las define como las desventajas que tienen los potenciales entrantes a un mercado, en comparación a los participantes ya establecidos en el mismo (*“some source of disadvantage to potencial entrants as compared with established firms”*)<sup>5</sup>. Por su parte, Stigler las define como el costo de producción en el que debe incurrir una empresa que busca entrar a determinada industria, y en el que las empresas ya establecidas no tienen que incidir, (*“A barrier to entry may be defined as a cost of producing (at some of every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry”*)<sup>6,7</sup>.”

Esta discusión doctrinal fue analizada y puesta de presente por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) en el año 2005<sup>8</sup> en documento en el que se

---

<sup>4</sup> Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). “Round Table on Barriers to Entry”. 30 de septiembre de 2005. Documento PDF. Citado también por: Juliana Castrillón Ayerbe & María Alejandra Canales Andrade, *Tomas de Control Societario Dirigidas a la Integración: Manifestaciones, Efectos y Alternativas en el Marco del Derecho Colombiano*, (Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pregrado, Bogotá, 2010).

<sup>5</sup> Joe S. Bain, *Barriers to New Competition* (1956). Citado por: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF.

<sup>6</sup> George J. Stigler, *The Organization of Industry* (1968). Citado por: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF. En: Juliana Castrillón Ayerbe & María Alejandra Canales Andrade, *Tomas de Control Societario Dirigidas a la Integración: Manifestaciones, Efectos y Alternativas en el Marco del Derecho Colombiano*, (Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pregrado, Bogotá, 2010).

<sup>7</sup> Juliana Castrillón Ayerbe & María Alejandra Canales Andrade, *Tomas de Control Societario Dirigidas a la Integración: Manifestaciones, Efectos y Alternativas en el Marco del Derecho Colombiano*, (Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pregrado, Bogotá, 2010).

<sup>8</sup> Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). “Round Table on Barriers to Entry”. 30 de septiembre de 2005. Documento PDF.

acude a las afirmaciones que Dennis Carlton<sup>9</sup> plantea sobre el asunto. De acuerdo con éste, la definición que Stigler propone resulta adecuada para identificar las condiciones bajo las cuales persistirá una rentabilidad a niveles supracompetitivos, sin embargo, si lo que se pretende es identificar las condiciones que den pie a conductas o efectos significativamente anticompetitivos, tal definición no es la apropiada.

Por ello concluye el autor citado que la aplicación del concepto como tal no es útil a la hora de analizar un problema anticompetitivo y su respectiva regulación. Sostiene entonces que frente a un caso anticompetitivo, no es apropiado preguntarse si existe o no una barrera de entrada que encuadre dentro de determinada definición, sino que el punto a considerar en el caso particular debe ser cómo va a comportarse la industria en comento durante los años siguientes.

Pero como bien lo identifica la nombrada organización (OECD), “las Cortes de los Estados Unidos tienden a la utilización del concepto de acuerdo a la definición articulada por Bain. Se cita a manera de ejemplo líneas jurisprudenciales que definen las barreras de entrada como aquellos factores que previenen que nuevos rivales respondan oportunamente a un incremento del precio por encima de los niveles competitivos, (*“factors (such as certain regulatory requirements) that prevent new rivals from timely responding to an increase in price above the competitive level”*)<sup>10</sup>; o como las características particulares de un mercado que dificultan o impiden la entrada al mismo (*“... market characteristics which make it difficult or time-consuming for new firms to enter a market”*).<sup>11</sup>”<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Dennis W. Carlton, *Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding*, 94 *American Economic Review* (Papers & Proceedings) 466, 469 – 70 (2004). Citado por: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF.

<sup>10</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001) (en banc). Citado por: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF.

<sup>11</sup> *Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kansas, Inc.*, 899 F. 2d 951, 968 (10<sup>th</sup> Cir. 1990).

<sup>12</sup> Juliana Castrillón Ayerbe & María Alejandra Canales Andrade, *Tomas de Control Societario Dirigidas a la Integración: Manifestaciones, Efectos y Alternativas en el Marco del Derecho Colombiano*, (Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pregrado, Bogotá, 2010).

Para la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la “SIC”), la autoridad colombiana en materia de competencia, las barreras de entrada, en un sentido amplio, “*son todos aquellos factores que impiden o dificultan el establecimiento de una nueva empresa en el mercado, con lo cual las empresas ya establecidas obtienen ventajas. Cuando no existen obstáculos para ingresar al mercado, están dadas las condiciones para que haya lugar a una mayor competencia, lo que se traduce en un aumento de la oferta que termina por presionar los precios hacia abajo. En cambio, si la obstaculización de acceso es exitosa, las empresas ya establecidas podrán elevar sus precios por encima de los niveles competitivos sin temor a la competencia procedente de terceros potenciales*”<sup>13</sup>.

Independientemente de la definición por la que se abogue, hay una finalidad clara que se desprende de la noción general del concepto: El detenerse a estudiar las condiciones de entrada que un mercado específico presenta en determinado momento, indudablemente proporciona herramientas de análisis a la hora de valorar los efectos de una operación de concentración. Éstas, de llegar a evidenciar obstáculos e impedimentos de suficiente magnitud (barreras de entrada) como para impedir el ingreso de nuevos participantes que entren a competir en el mercado bajo estudio, sin lugar a dudas reforzarán el poder de mercado fruto de la integración, cuyo ejercicio indebido podrá concretarse en detrimento de los consumidores y de los posibles agentes competidores<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002.

<sup>14</sup> Juliana Castrillón Ayerbe & María Alejandra Canales Andrade, *Tomas de Control Societario Dirigidas a la Integración: Manifestaciones, Efectos y Alternativas en el Marco del Derecho Colombiano*, (Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pregrado, Bogotá, 2010).

## **Desarrollo de las agencias de competencia en Europa y Estados Unidos.**

Como ya se anticipó, las agencias europeas y norteamericanas competentes para realizar el control previo que las integraciones empresariales exigen, enfocan su análisis de acuerdo a lo señalado por las precitadas guías que las autoridades encargadas han desarrollado para el efecto<sup>15</sup>.

Ambas herramientas dedican una sección exclusiva en la que establecen qué debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar la entrada como elemento determinante para la identificación de los posibles efectos anticompetitivos que una pretendida integración puede llegar a configurar. Una y otra indican que la virtualidad que tiene la entrada a un mercado de prevenir o retroceder rápidamente los efectos anticompetitivos de una integración, depende de que ésta ocurra de manera oportuna, probable y que ostente la suficiente magnitud y alcance como para poder disuadir o vencer cualquier potencial efecto anticompetitivo que la integración pueda generar.

Se señalan entonces parámetros de evaluación consistentes en identificar si la entrada bajo estudio es probable, oportuna y suficiente. Cuando concurren estas circunstancias de ingreso al mercado, los potenciales nuevos participantes pueden entrar fácilmente a competir, de manera que la operación de integración se ve constreñida a no generar efectos anticompetitivos. Por lo tanto, frente a tal panorama, no es necesario profundizar en el análisis y valoración de la conducta integradora.

---

<sup>15</sup> “*Horizontal Merger Guidelines*” realizadas por el U.S. Department of Justice y la Federal Trade Comisión y cuya última versión fue expedida el 19 de agosto de 2010, siendo también foco de estudio su versión anterior de 1992, y las guías para la valoración de integraciones horizontales; “*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*” de 2004 emitidas por la Comisión Europea.

Son las “*Horizontal Merger Guidelines*” norteamericanas las encargadas de darle un empleo metodológico<sup>16</sup> a las anteriores consideraciones. Se establece en ellas que para evaluar si los potenciales entrantes pueden o no contrarrestar los aludidos efectos de la integración, la Agencia (“*Agency*”) debe realizar un análisis que puede resumirse en los siguientes pasos:

- Como primera medida se debe examinar si dentro de un oportuno periodo de tiempo, la entrada puede alcanzar un impacto significativo en el mercado al que ingresa. Si para lograr este impacto los potenciales entrantes requieren de un largo lapso, entonces la entrada no tiene la suficiente virtualidad de disuadir los efectos en comento.
- El segundo paso a seguir consiste en evaluar si la entrada será prometedora, es decir, si representará la suficiente rentabilidad teniendo en cuenta los efectos que sobre el precio puede tener la inyección adicional de producción en el mercado, y las potenciales respuestas de los agentes ya instalados. A la hora de considerar el ingreso al mercado, los participantes viables calculan si su instalación en el mismo requiere de altos costos hundidos (aquellos que no pueden recuperarse). Entonces, si analizadas las condiciones de entrada, éstas tienen la potencialidad de hacer que los precios bajen y se mantengan por un largo lapso por lo menos al nivel en el que se encontraban antes de la integración, se entenderá la entrada como rentablemente satisfactoria.
- Se señala por último que deben ser examinadas la oportunidad y probabilidad que tiene la entrada de ostentar el suficiente alcance y magnitud como para generar que los precios establecidos después de la integración, retornen a su estado anterior.

Es a través de este proceso que las guías estudiadas pretenden determinar cuándo los posibles competidores, a pesar de tener que incurrir en significativos costos hundidos para

---

<sup>16</sup> U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission. “*Horizontal Merger Guidelines*”. Sección 9. 2010; U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission. “*Horizontal Merger Guidelines*” Sección. 3.2. 1992.

ingresar a un determinado mercado, encuentran en los efectos que de la integración se derivan (reducción de oferta e incremento en los precios) motivos suficientes para entrar a competir efectivamente, apuntando a atraer toda la demanda posible mediante el ofrecimiento de los precios al nivel existente antes de la integración. Se evidencia entonces cómo con dicho estudio no se pretende identificar a los potenciales entrantes, sino que el propósito radica en fijar cuáles son las alternativas de entrada, es decir, las acciones que una empresa atraída por la integración debe realizar para producir y vender en un mercado específico<sup>17</sup>.

Por su parte, las “*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*” de la Comisión Europea se concentran un poco más en definir el concepto de “barreras de entrada” para efectos de determinar las implicaciones de la valoración que se plantea. Se trata de aquellos rasgos específicos de un mercado que proporcionan a los participantes ya instalados en el mismo, ciertas ventajas sobre los potenciales competidores<sup>18</sup>. A partir de esta definición se concluye entonces que cuando las barreras de entrada son bajas, las partes intervinientes en una operación de integración se encuentran más expuestas a ser restringidas por los nuevos entrantes. Por el contrario, cuando las barreras de entrada son altas, el incremento de los precios por parte de las empresas integradas, no se verá significativamente alterado por la entrada de nuevos agentes<sup>19</sup>.

Ahora, las precitadas guías contienen en las secciones bajo estudio<sup>20</sup>, lo que para el efecto debe entenderse por probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada. A continuación,

---

<sup>17</sup> U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission en la versión previa a la actual de las “*Horizontal Merger Guidelines*. Sección 3.2 1992.

<sup>18</sup> Se dilucida cómo las guías europeas definen las “barreras de entrada” de la misma manera que el precitado autor Joe S. Bain (1956).

<sup>19</sup> Comisión Europea. “*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*”. Sección VI n°. 70. 2004

<sup>20</sup> U.S. Department of Justice y la Federal Trade Comisión. “*Horizontal Merger Guidelines Sección 9 2010*”; Comisión Europea. “*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*”. Sección VI. 2004

de manera conjunta y complementaria se señalará lo que ambas guías establecen al respecto:

*a. Probabilidad de la entrada*<sup>21</sup>:

- La entrada será probable si el potencial entrante encuentra que su posicionamiento en el mercado, mediante su ingreso a través del ofrecimiento de precios al nivel anterior a la integración, será lo suficientemente rentable y estable (a largo plazo). Dicha estabilidad en la rentabilidad de tales precios no podrá mantenerse si no hay la suficiente demanda necesaria para depreciar aún más el producto de que se trate.
- Entonces, la entrada será menos probable cuando la demanda es insuficiente frente a la oferta de los nuevos competidores.
- Agregan las guías europeas que la probabilidad de la entrada se dificulta aún más cuando los participantes ya instalados en el mercado son capaces de proteger su industria a través del ofrecimiento de contratos<sup>22</sup> a largo plazo o mediante la oportuna reducción de los precios a los consumidores que el nuevo entrante pretende adquirir. Contemplan además, que los altos riesgos y costos de una entrada fallida pueden hacer que ésta sea aún más improbable. Estos costos serán mayores entre más alto sea el nivel de costos hundidos asociados a la entrada<sup>23</sup>.
- De la lectura de las guías es posible identificar cuáles son concretamente las oportunidades que la integración puede generar como factores de atracción para que la probabilidad de comprometerse a entrar al mercado pueda

---

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> Al respecto puede acudir al siguiente documento: “Long Term Contracts as Barriers to Entry”. Comments made by David S. Sibley, University of Texas at Austin, at the DOJ/FTC Hearings on Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge – Based Economy, May, 2002. Documento PDF.

<sup>23</sup> Comisión Europea. “Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”. Sección VI n°. 70. 2004

determinarse. Éstas son: i) La reducción del número de oferentes; ii) la capacidad de los entrantes de capturar parte del crecimiento razonable que se espera de la demanda; iii) La facultad de éstos de desviar la oferta de las firmas ya establecidas, por ejemplo, a través de la integración vertical o de la posterior celebración de contratos; y, por último iv) cualquier contracción anticipada en la oferta de las firmas ya establecidas que se genere como respuesta a la entrada. Adicionalmente se evidencian los factores que pueden impedir que se presenten las anteriores oportunidades, a saber: i) Que razonablemente se espere un detrimento o disminución de la parte de la demanda que los entrantes pretenden capturar; ii) que las oportunas defensas que las empresas ya establecidas realicen para proteger su mercado logren excluir a los nuevos oferentes (integración vertical u ofrecimiento de contratos); iii) Cualquier expansión anticipada de la oferta de los participantes ya establecidos, sea al público en general o a un determinado grupo de clientela cercana a la oferta entrante, mediante el uso de su capacidad ociosa (aquella capacidad de producción instalada de una empresa que no se utiliza o que se subutiliza)<sup>24</sup>.

- Respecto al crecimiento del mercado, las guías europeas establecen que es más probable que la entrada sea rentable en un mercado del que se espera un alto crecimiento en el futuro que en un mercado del que no se espera crecimiento alguno o parece que va a declinar. Los efectos de las economías de escala pueden hacer que la entrada no sea rentable, a menos que el nuevo participante pueda obtener un porcentaje de participación suficientemente grande en el mercado<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Tal descripción fue establecida por el U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission en la versión previa a la actual de las *“Horizontal Merger Guidelines. Sección 3.2 1992*

<sup>25</sup> Comisión Europea. *“Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”*. Sección VI, n° 73. 2004.



b. *Oportunidad de la entrada*<sup>26</sup>:

- Radica en examinar si la entrada será lo suficientemente rápida y sostenible para generar un impacto en los precios del mercado relevante, y así lograr disuadir o restringir el ejercicio del poder de mercado. Se explica que lo que constituye un adecuado periodo de tiempo dependerá de las características y dinámicas del mercado que se estudie, así como de las específicas capacidades de los potenciales entrantes. Las guías europeas señalan que la entrada a un mercado es considerada normalmente oportuna si ocurre en un periodo de máximo dos años.

c. *Suficiencia de la entrada*<sup>27</sup>:

- Precisan las “*Horizontal Merger Guidelines*” que cuando bajo el anterior análisis la entrada es probable, no necesariamente los múltiples posibles entrantes serán suficientes para disuadir o contrarrestar los efectos anticompetitivos de la integración. En efecto, en ocasiones la entrada, a pesar de ser oportuna y probable, puede carecer de alcance suficiente en aquellas circunstancias en las que el acceso a elementos esenciales del proceso industrial al que desean ingresar, se encuentran bajo el control de los participantes ya instalados, de manera que alcanzar niveles de escala resulta prácticamente imposible. Además, los nuevos bienes o servicios que los entrantes ingresen al mercado, no siempre tienen la virtualidad de competir efectivamente con las ofertas y oportunidades que la integración trajo consigo al eliminar la competencia directa de productos diferenciados.

---

<sup>26</sup> U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission. “*Horizontal Merger Guidelines. Sección 9 2010*”; Comisión Europea. “*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*”. Sección VI, n° 74. 2004.

<sup>27</sup> U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission. “*Horizontal Merger Guidelines. Sección 9. 2010*”; Comisión Europea. “*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*”. Sección VI, n° 75. 2004.

Finalmente, resulta conveniente aludir a los numerales 70 y 71 de la Sección IV de las guías europeas que, luego de definir lo que la Comisión entiende por “barreras de entrada” (como ya se vio), establecen las formas en las que éstas pueden darse:

a) Ventajas legales: Incluyen situaciones en las que las barreras regulatorias limitan el número de participantes en un mercado, como por ejemplo, mediante la restricción del número de licencias. Esto también incluye barreras arancelarias y no arancelarias al comercio.

b) Los participantes ya instalados pueden también disfrutar de ventajas técnicas como el acceso preferencial a instalaciones esenciales, recursos naturales, innovación, investigación y desarrollo o derechos de propiedad intelectual, que hacen difícil a cualquier nuevo entrante competir exitosamente. Por ejemplo, en algunas industrias, puede ser difícil obtener materiales de entrada esenciales, o pueden existir patentes que protejan determinados productos o procesos. Otros factores como las economías a escala, las redes de distribución y venta, el acceso a tecnología importante, pueden constituirse también como barreras de entrada.

c) Además, las barreras de entrada también pueden existir debido a la posición que ostentan los participantes ya establecidos en el mercado. Concretamente, puede ser difícil entrar a participar en determinada industria debido a que la experiencia y reputación son necesarias para competir efectivamente, características de difícil obtención para cualquier nuevo entrante. Factores como la lealtad del consumidor a una marca en particular, las relaciones cercanas entre proveedores y sus clientes, la importancia de las promociones y la publicidad u otras ventajas relacionadas con la reputación deben ser tenidas en cuenta bajo este contexto. Las barreras de entrada también se presentan cuando los participantes ya instalados poseen alta capacidad ociosa o cuando los costos que deben enfrentar los consumidores para cambiar de proveedor inhiben la entrada.

## Aplicación en Colombia

La legislación colombiana, en concordancia con los parámetros establecidos y aplicados por las agencias de competencia en el mundo como la *Federal Trade Commission* y la Comisión Europea, dispone un control estructural sobre las operaciones de integración empresarial que tengan efectos en el mercado colombiano, con el fin, entre otros, de controlar la reducción en el número de oferentes dentro del mismo<sup>28</sup>. “Lo preceptuado por [el artículo cuarto<sup>29</sup> de la Ley 155 de 1959] fue por muchos años el marco legal que reguló

---

<sup>28</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Transformación, Fusión & Escisión de Sociedades*. 143 (Editorial Temis, Bogotá, 2000).

<sup>29</sup> Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1959. DO. n° 30138. Artículo 4°.- Modificado por la [Ley 1340 de 2009](#), artículo 9°. *Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:*

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

*En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.*

*En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.*

*Parágrafo 1°. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.*

*Parágrafo 2°. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.*

*Parágrafo 3°. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la [Ley 222 de 1995](#), cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.*

las operaciones de integración, el cual fue complementado en 1992 por el artículo 51<sup>30</sup> del Decreto 2153, [que junto con el primero fueron modificadas por la Ley 1340 de 2009]<sup>31</sup>. En efecto, dicha ley establece “en su artículo 9 que los particulares estarán obligados a reportar las operaciones de integración empresarial que realicen: “1. Cuando, [las partes participantes en la operación] *en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio; o 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.*” La norma también dispone que “*En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación*”. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación. Por su parte, por medio de

---

<sup>30</sup> Decreto 2153 del año de 1992 [Ministerio de Desarrollo Económico]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1992. *Artículo 51. Modificado por la [Ley 1340 de 2009](#), artículo 12. La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.*

*En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.*

*La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.*

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

*Parágrafo 2°. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2° del [Decreto 2153 de 1992](#), la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados.*

<sup>31</sup> Juliana Castrillón Ayerbe & María Alejandra Canales Andrade, *Tomas de Control Societario Dirigidas a la Integración: Manifestaciones, Efectos y Alternativas en el Marco del Derecho Colombiano*, (Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pregrado, Bogotá, 2010).

la Resolución No. 75837 del 26 de diciembre de 2011 la SIC aumentó los umbrales a partir de los cuales una operación de integración debe ser informada en Colombia, fijando a partir del primero de enero y hasta el 31 de diciembre del 2012, “en cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009”.

La SIC es la principal autoridad competente en Colombia para realizar el control previo de las integraciones empresariales, *“función que antes se hallaba más dispersa entre otras entidades de regímenes especiales, pero que fue centralizada en la superintendencia citada mediante la ley 1340 de 2009, manteniendo excepcionalmente como autoridades adicionales de control a la Superintendencia Financiera y a la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil”*<sup>32</sup>.

Una vez la SIC analiza la posible operación, procederá a autorizarla, a objetarla<sup>33</sup> o a condicionarla<sup>34</sup>. Para el análisis y valoración de los efectos que puede traer la concentración pretendida, la SIC debe iniciar su estudio definiendo el mercado relevante de producto y geográfico al que pertenecerá el ente integrado. Mediante esta tarea se pretende identificar a los verdaderos competidores a los que éste se enfrentaría y de esta manera poder medir el poder de mercado que podría ostentar. Una vez establecido el mercado relevante entra en juego el análisis de las barreras de entrada al mismo.

El estudio de las barreras de entradas al mercado es la guía para la determinación de la *“competencia potencial”* definida por la SIC como la *“situación particular en materia de*

---

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Respecto de las posibles objeciones de la SIC, es importante destacar la excepción de eficiencia consagrada por el artículo 12 de la ley 1340 de 2009, según la cual aquella *“podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios. En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.”*

<sup>34</sup> Para obtener el pronunciamiento de la SIC en alguno de los sentidos citados, el interesado deberá sujetarse al procedimiento establecido por el artículo 10 de la citada Ley 1340 de 2009.

*integraciones horizontales que, de un lado, tiene en cuenta la elasticidad de la oferta y las condiciones de entrada al mercado y, de otro lado busca evitar un incremento unilateral en los precios por parte de la entidad integrada*<sup>35</sup>. Para la autoridad administrativa son competidores potenciales si disponen la capacidad operacional y financiera, sumado a que tengan la intención cierta y pronta de ingresar al mercado nacional. Así las cosas, las barreras de entrada hacen referencia a “(...) *las dificultades para que en un tiempo razonable, nuevos competidores puedan ofrecer sus productos. Cuando no hay barreras significativas y existen altos niveles de concentración en un mercado, la competencia potencial que se generaría ocasiona una presión sobre la oferta, conllevando a una caída de los precios. Por eso, la entrada de los nuevos competidores a los mercados relevantes definidos debe ser oportuna, razonable y suficiente*”<sup>36</sup>.

Las barreras a la entrada se han clasificado principalmente en: 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<sup>37</sup>.

Como puede apreciarse, la doctrina de la nombrada entidad recoge los lineamientos cardinales que sobre la materia establecen las principales autoridades de competencia en el mundo. Sin embargo, de las líneas recién transcritas puede dilucidarse una mayor influencia de las guías para la valoración de integraciones de la Comisión Europea. En efecto, como del acápite anterior puede inferirse (III. Desarrollo de las Autoridades de Competencia en Europa y Estados Unidos), estas guías europeas orientan su contenido partiendo de una definición de barreras de entrada, muy similar a la que la SIC adopta. Además, como se ve, no sólo comparten (las guías europeas y la SIC) la definición sino que ambas iniciativas cumplen la tarea de clasificar las posibles barreras que pueden presentarse.

---

<sup>35</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29937 del 11 de Junio de 2010. Citando a Jean-Mathieu COT et Jean-Patrice de la LAURENCE, *Le Controle Francais Des Concentrations*, L.G.D.J. 2eme, ed., Paris, 2003, p.305.

<sup>36</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5886 de 2008.

<sup>37</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27920 de Noviembre 10 de 2004

En principio, la doctrina nacional citada concibe entonces el ingreso al mercado como fenómeno capaz de contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de una integración, desde el punto de vista de las condiciones de entrada mismas, es decir, desde el análisis de los factores que influyen en que la entrada sea fácil o difícil, siendo este último el panorama fruto de la existencia de las denominadas barreras. De acuerdo a este enfoque, y a diferencia de lo que en algún momento plantearon las guías norteamericanas<sup>38</sup>, no hay un estudio concreto con respecto a la valoración de los incentivos que atraen a los potenciales entrantes. A contrario sensu, el rumbo que se le da a la valoración en las guías de los Estados Unidos, no necesariamente radica en establecer qué tan difícil resulta ingresar al mercado; lo que más precisamente se plantea es un estudio orientado a identificar si la integración ofrece incentivos suficientemente rentables como para atraer la entrada al mercado de participantes capaces de disuadir los efectos anticompetitivos de la operación.

Partiendo de lo anterior, y sin que ello implique la no inclusión de ambos enfoques por parte de la SIC, en las siguientes líneas se llevará a cabo un seguimiento de algunas de las principales barreras de entrada que esta entidad ha identificado como factores relevantes para objetar algunas integraciones empresariales pretendidas en los últimos años al interior de la economía colombiana. Como se verá, éstas logran encuadrar dentro de lo que las guías europeas han denominado “formas de las barreras de entrada”.

*i) Inversión inicial:*

Ésta es calificada por la SIC como una barrera de entrada económico-financiera por los altos costos que supone. En el caso de la integración de CLOROX DE COLOMBIA S.A. - COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA<sup>39</sup>, se previó la improbabilidad del ingreso de nuevos competidores, debido a la alta inversión requerida para implementar una planta de

---

<sup>38</sup> U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission. “*Horizontal Merger Guidelines. Sección 3.2*” 1992.

<sup>39</sup> Resolución 24374 del 8 de agosto de 2007

producción de detergentes en polvo con un tamaño, inclusive, menor a la mitad de las Intervinientes.

En otra oportunidad, y frente a la integración de INDAC Colombia con Acerías Paz del Río, la SIC consideró que de acuerdo con la elevada magnitud de las inversiones, así como con especificidad de las mismas, la *“industria de acero evidencia barreras económicas y financieras o altos costos de inversión inicial y, en consecuencia, una entrada restringida. Conviene señalar que las inversiones que se requieren para llevar a cabo el proceso de acería son significativamente altas y especializadas”*<sup>40</sup>.

Precisamente, la especialidad de ciertos mercados, tiene como consecuencia que necesariamente dentro de la inversión inicial como barrera de entrada deba tenerse en cuenta la tecnología y el conocimiento de la industria. En el caso de integración de las sociedades Dupont y Plastilene, objetada por la SIC, ésta afirmó que *“dada la importancia de la tecnología y del know how que involucra el grado de especialización de la misma, este Despacho considera que existe una barrera de entrada significativa respecto de los requerimientos mínimos necesarios para ingresar al mercado y significar una competencia efectiva a la nueva entidad económica fruto de la operación de integración informada”*<sup>41</sup>.

*ii) Exceso de capacidad instalada o capacidad ociosa:*

Se presenta cuando existe capacidad suficiente para atender incrementos en la demanda, lo cual, sin lugar a dudas, se constituye como obstáculo del ingreso al mercado en la medida en que la entrada de nuevas empresas competidoras se ven desincentivadas. Lo anterior, por cuanto los agentes existentes cuentan con la infraestructura necesaria para aumentar la producción sin incurrir en inversiones adicionales.

---

<sup>40</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35379 del 21 de diciembre de 2006. La SIC objetó la operación, y posteriormente, en la Resolución 2489 del 2 de febrero de 2007 decidió revocar la objeción por la adopción de condicionamientos.

<sup>41</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 923 de 2006.



En el caso de la integración entre PepsiCo Inc., y Postobón S.A., se evidenció la existencia de capacidad ociosa en el mercado de producción de bebidas isotónicas en los siguientes términos:

*“Los productores nacionales de este producto utilizan en promedio el 45% de su capacidad instalada, por lo cual tendrían la posibilidad de abastecer un eventual incremento en la demanda sin necesidad de realizar inversiones adicionales en infraestructura. Esta circunstancia representa un desestímulo para competidores entrantes, pues deja entrever, no solo que la demanda actual está siendo atendida, sino que existe capacidad para contrarrestar cualquier intento de penetración, aumentando la producción sin necesidad de invertir recursos adicionales”<sup>42</sup>.*

En el mismo sentido, en la operación de integración CLOROX DE COLOMBIA S.A. - COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, se comprobó que CLOROX estaría en capacidad de atender un alto incremento de la demanda sin necesidad de realizar inversiones adicionales, solamente haciendo uso de la capacidad ociosa con la que en ese entonces contaba, junto con la que adquiriría como resultado de la operación<sup>43</sup>.

### *iii) Las redes de distribución*

De acuerdo con Superintendencia de Industria y Comercio, *“la participación de una empresa en el mercado no depende sólo de su capacidad de producción, sino de la posibilidad de que sus productos lleguen efectivamente a manos del consumidor final”<sup>44</sup>.* Entonces, las redes de distribución constituyen un elemento fundamental de análisis en materia de integraciones.

En este sentido, en el ya nombrado caso PepsiCo Inc., - Postobón S.A, la apropiada red de distribución con la que se comprobó que contaba Postobón S.A , fue factor calificado como barrera de entrada para los nuevos competidores que pretendieran entrar al mercado, en la

---

<sup>42</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27920 de Noviembre 10 de 2004.

<sup>43</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 24374 del 8 de agosto de 2007.

<sup>44</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28037 de Noviembre 12 de 2004.

medida que ésta representaba ventajas en costos, cobertura y eficiencia para las empresas ya consolidadas en el mismo.

Se dijo en ese entonces con respecto a la barrera de entrada bajo análisis:

*“La existencia de puntos de venta o establecimientos comerciales en todo el país, requiere de una red extensa de distribuidores para garantizar el abastecimiento. Es por ello que la empresa que desee incursionar en el mercado debe garantizarse un sistema de distribución efectivo, con puntos de presencia en diversos sitios de las ciudades y poblaciones, que permita responder en forma efectiva y oportuna los requerimientos de la demanda.*

“(…)

*“Para potenciales entrantes, el no contar con una red de distribución, como una flota de transporte propia o arrendada, es una barrera determinante para entrar a este mercado”<sup>45</sup>.*

#### *iv) Cobertura*

Muy ligado a la redes de distribución, está la cobertura. Teniendo en cuenta que una de las variables más importantes por parte de los clientes para acudir a los establecimientos de comercio es la cercanía, en el caso de Almacenes Éxito y Carulla Vivero, la SIC consideró que, dada la integración, *“la nueva entidad dispondría de la mayor cobertura en cuanto a número de establecimientos, lo cual le fortalecería el posicionamiento de la nueva entidad respecto a sus inmediatos competidores y podría limitar la competencia en aquellas zonas densamente pobladas y en las que exista dificultades de establecimiento de un nuevo formato de gran superficie por la saturación del área de construcción”<sup>46</sup>.*

#### *v) Posicionamiento y fidelización de marca:*

---

<sup>45</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27920 de Noviembre 10 de 2004.

<sup>46</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34904 del 18 de diciembre de 2006. La integración entre almacenes Éxito y Carulla Vivero fue condicionada.

Los mercados que se caracterizan por contener marcas reconocidas, exigen de los potenciales entrantes una sustancial inversión inicial en actividades de publicidad y promoción, durante un considerable periodo de tiempo, necesarias para lograr atraer una significativa parte de la demanda.

Este análisis fue utilizado por la SIC en la objeción de la operación de integración informada por las sociedades CLOROX DE COLOMBIA S.A. y COLGATE PALMOLIVE COMPAÑIA en los siguientes términos:

*“En particular, se observa que el mercado de blanqueadores se encuentra caracterizado por la importancia de conseguir que los consumidores se familiaricen con la marca del blanqueador, razón por la cual, la creación de una marca y su recordación es requerida para realizar la venta efectiva del producto. Lo anterior es confirmado por los estudios de mercado allegados por las intervinientes, en los cuales se muestran que uno de los motivadores de compra de blanqueadores corresponde a la marca. La anterior circunstancia, entre otras, imprime barreras de entrada al mercado, siendo este aspecto de especial relevancia si se tiene en cuenta que la operación conduce a que el ente integrado posea las marcas que, en su conjunto, corresponden a las de mayor venta en el mercado”<sup>47</sup>*

A la misma conclusión se llegó en la Resolución No. 27920 de Noviembre 10 de 2004<sup>48</sup> que objetó la operación proyectada entre PepsiCo Inc., directamente o a través de una de sus subordinadas, y Postobón S.A., a través de la cual se otorgaría a esta última el derecho exclusivo a producir, vender y distribuir productos bajo la marca GATORADE en Colombia. Esta decisión se fundamentó, entre otras razones en la indiscutible existencia de barreras de entrada a nuevos competidores, ya que sin lugar a dudas, la marca Gatorade es reconocida a nivel mundial y, por su parte, la marca Squash es un producto que ya tiene cierto nivel de reconocimiento a nivel nacional, (pues en ese entonces fue identificada

---

<sup>47</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 24374 del 8 de agosto de 2007.

<sup>48</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27920 de Noviembre 10 de 2004.

como la segunda bebida isotónica más vendida del mercado). En dicha ocasión se dijo concretamente:

*“La fidelidad de marca y las estrategias de promoción publicitaria requieren importantes volúmenes de inversión que podrían desestimular la entrada de un competidor al mercado relevante, y que además se constituyen en costos hundidos (irrecuperables si la entrada al mercado no resulta rentable).*

*Según Panamco Colombia S.A., las bebidas isotónicas son intensivas en publicidad por tratarse de un producto cognitivo, es decir, que los consumidores necesitan estar escuchando de las marcas constantemente para llevar a cabo su compra. Según Panamco Colombia S.A., en Colombia para mantener una marca se debe destinar como mínimo 1000 millones de pesos anuales. Sobre este mismo punto, Coljugos S.A. indica que una barrera determinante a la entrada de nuevos competidores son los importantes niveles de inversión publicitaria.*

*Por lo anterior, un potencial entrante al mercado tendría que incurrir en una inversión cuantiosa en publicidad para dar a conocer sus productos y les tomaría un tiempo considerable para que su entrada pudiera ser exitosa, teniendo en cuenta el posicionamiento de la marca GATORADE.*

En el estudio de Protabaco y Coltabaco, la SIC expuso que la publicidad tiene dos aristas de estudio, la primera, para el posicionamiento de nuevas marcas en el mercado, pero también para que los consumidores permanezcan fieles o leales a las marcas que ya están dentro del mercado. En términos de la autoridad *“La publicidad también puede constituir un costo fijo en el que los competidores incurren tanto para generar lealtad entre sus consumidores hacia marcas que ya se encuentran en el mercado, como para posicionar marcas nuevas. Así, la relación entre inversión en publicidad y fidelidad consiste en que esta última normalmente solo tendrá lugar en la medida en que la publicidad haya llevado*

*a los consumidores a probar una marca determinada de cigarrillos que se encuentra a su disposición y a preferirla sobre los demás”<sup>49</sup>.*

*vi) Programas de fidelización*

En cuanto a la lealtad de los clientes, la SIC consideró que los programas de fidelización pueden llegar a constituir una barrera de entrada al mercado. Así, para el caso de Almacenes Éxito y Carulla sostuvo que *“los actuales programas de fidelización de las intervinientes son reconocidos y valorados de manera importante por los consumidores, lo cual acarrea un costo importante de innovación, penetración y creación de imagen para los competidores entrantes, toda vez que estos programas de fidelización se encuentran relacionados al posicionamiento y recordación de las marcas de las intervinientes”*.

*vii) Marcas propias*

También respecto de las marcas, la autoridad de competencia colombiana, tuvo a bien hacer una especial mención a las marcas propias de las grandes superficies como barrera de entrada en este mercado relevante. Sostuvo para el caso del Éxito y Carulla que *“si bien el desarrollo y preferencia por las marcas propias por parte de los consumidores es aún incipiente en el territorio nacional, la existencia de las mismas genera importantes ventajas en términos de productos ancla o promocionales, que pueden ser además “loss leader”, y de esta forma, atraer consumidores para la adquisición de productos de marcas líderes que reporten mayor rentabilidad”<sup>50</sup>.*

*viii) Costos hundidos*

Su configuración generalmente se relaciona con el capital invertido en actividades de promoción, publicidad y mantenimiento de la marca. Cuando se pretenden que los consumidores se familiaricen con el nuevo producto, debe incurrirse en gastos de los que

---

<sup>49</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29937 del 2010.

<sup>50</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34904 del 18 de diciembre de 2006.

no se esperan ser recuperados. Además de implicar un considerable periodo de tiempo para lograr su finalidad, estos implican un elevado riesgo de pérdida que desincentiva a los posibles nuevos competidores.

Al respecto, la Superintendencia afirma:

*“En consecuencia, en el presente caso, no solamente el monto de la inversión restringe el ingreso de nuevos competidores al mercado, sino que existen elevados costos hundidos debido a la necesidad de desarrollar fuertes campañas de publicidad, tanto para la introducción de un producto en el mercado como para conseguir mantener una cuota significativa en los mismos, por lo que la entrada al mercado conlleva a un elevado riesgo intrínseco a la inversión dado que las pérdidas en que incurriría un nuevo competidor que no tuviese éxito en el mercado serían elevadas, riesgo que aumenta al tener la nueva entidad las marcas de mayores ventas y mejor posicionadas de detergentes en polvo<sup>51</sup> .*

Los costos hundidos entonces son una barrera de entrada que representa la inversión en publicidad que debe hacer un competidor potencial que se arriesga a entrar al mercado. Para la SIC, *“La magnitud de esta barrera depende de las inversiones que los competidores ya presentes en el mercado lleven a cabo, de tal manera que un competidor potencial tendrá que igualar o superar dichas inversiones si quiere entrar al mercado y competir con los productores que ya están en él”*.

#### *ix) Importaciones*

La capacidad o condiciones para la eventual importación tanto de productos como de materias primas, también es otra circunstancia que se analiza para efectos de determinar los efectos anticompetitivos de una integración, por cuanto la importación de productos o materias primas permite suplir al mercado relevante de productos sustitutos que contengan la distorsión producida en la competencia.

---

<sup>51</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28037 de Noviembre 12 de 2004.

a) *Baja penetración de las importaciones de producto terminado*

Un factor que dificulta la entrada de nuevos competidores dentro del mercado relevante es la logística que implica la importación de productos terminados. En el estudio de la compra del 95% la Aluminio Reynolds por parte de Industrias Arfel S.A., sociedad matriz de Imusa, Alúmina, Emma, Dinalsa y Grupo Unido de Aluminio, todas empresas cuyo mercado relevante es la producción y comercialización de aluminio, la SIC concluyó que *“en el corto y mediano plazo, los factores asociados a la logística de una importación, en el caso de productos de extrusión y láminas son una limitante para quien desee ingresar al mercado ofreciendo productos importados”*.<sup>52</sup>

En otro mercado relevante, esto en es el “Retail”, expuesto en el caso de Almacenes Éxito y Carulla, las consecuencias de barreras en la importación de productos significaba para las *“industrias de tamaño mediano o pequeño, a distribuidores, supermercado o tiendas que no estén en capacidad de mantener stocks de inventarios ociosos, constituye un factor que impide disciplinar el comportamiento de las intervinientes y que por supuesto retrasa o limita la entrada de un nuevo entrante que tendría que asumir mayores costos para mantener tales inventarios”*.

b) *Limitaciones a la importación de materias primas*

Para algunos casos especiales, las barreras de entrada no se refieren a la producción de materias primas, sino a los casos en que para su abastecimiento necesariamente deben ser importadas. Tal es el caso, por ejemplo, del aluminio en bruto, el cual no se produce en Colombia por lo que requiere ser importado por todas aquellas industrias dedicadas a la producción de materias con aluminio.

En la integración dentro de la industria del aluminio, el capital necesario para poder financiar la importación de materia prima por anticipado representa una de las principales

---

<sup>52</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5886 del 27 de febrero de 2008. La operación en un primer momento objetada, fue condicionada en la Resolución 19729 del 17 de junio de 2008.

barreras de entrada para potenciales productores que quieran entrar a competir al mercado. Lo anterior, por cuanto " *Para la importación de las materias primas es necesario el pago por anticipado y el cumplimiento de cupos que exige un gran esfuerzo de flujo de caja, adicional a esto existe un riesgo país, específicamente de Venezuela, que obliga a la importación de otros países en decremento de la rentabilidad de la empresa por haberse incrementado los fletes. (...) (...) No hay oferta local y a nivel regional es insuficiente, de tal forma que los proveedores no puedan garantizar el abastecimiento de materia prima.*"<sup>53</sup>

Igualmente, para el caso de la industria del acero, a pesar de que por virtud de acuerdos comerciales firmados por Colombia, la importación de productos de acero procedentes de ciertos países están exentos de gravámenes arancelarios, los productos involucrados en la operación se caracterizan por ser de peso y volumen elevados y, en consecuencia, las condiciones de transporte constituyen un elemento importante en el análisis de las barreras de entrada"<sup>54</sup>.

#### *x) Barreras legales*

Las barreras legales están dadas por las restricciones regulatorias que interfieren en la entrada o permanencia de los agentes partícipes de un mercado.

En el mencionado caso de las tabacaleras, por ejemplo, la SIC concluyó que "*la regulación vigente en materia de publicidad relacionada con el tabaco constituye una barrera de entrada para competidores potenciales que pretendan ingresar al mercado colombiano, ya que limita ostensiblemente su acceso a los medios tradicionales a través de los cuales dan a conocer sus productos, así como su capacidad para responder a las preferencias de los consumidores*"<sup>55</sup>.

#### *xi) Demanda creciente*

---

<sup>53</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5886 del 27 de febrero de 2008.

<sup>54</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35379 del 21 de diciembre de 2006.

<sup>55</sup> La integración entre las tabacalera Coltabaco y Protabaco fue primero objetada y después condicionada estructuralmente mediante la Resolución 54253 de 2010



Esta barrera de entrada hace referencia a la dificultad de tienen nuevos competidores para entrar a mercados de productos y servicios ya consolidados, es decir, mercados que han estado presentes por muchos años y que han tenido un desarrollo propio.

La autoridad de competencia Chilena se refiere a esta circunstancia, en términos de que *“la madurez del mercado también puede impedir la entrada. Esta puede ser más fácil y rápida en las etapas iniciales de crecimiento del mercado, en que generalmente la dinámica de la competencia cambia más velozmente. Los mercados maduros presentan demandas planas o declinantes, dificultando la entrada rentable al negocio porque las ventas que logren los entrantes tiene que ser a expensas de las ventas de los establecidos”*<sup>56</sup>.

En Colombia, la autoridad consideró que esta barrera se presentaba en el caso de las tabacaleras.

---

<sup>56</sup> Fiscalía Nacional Económica: Gobierno de Chile. Tabaco Primero objetó y se condicionó estructuralmente en la Resolución 54253 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

## Guía Práctica

Como ya se ha puesto de presente, en materia de integraciones empresariales la autoridad de competencia debe evaluar los efectos que dicha operación tendrá en el mercado. Uno de los aspectos que tiene que analizarse para el estudio del caso concreto, es la posibilidad de que otros agentes entren al mercado y ofrezcan sus bienes y servicios con la finalidad de contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos que se presentaren por la concentración de oferentes. Así, “*Las autoridades de competencia deben juzgar si existen empresas que consideren entrar, qué tan probable es que entren, cuáles son las posibles barreras que ellas enfrentan y qué tanto tiempo les tomará consolidar su entrada*”<sup>57</sup>.

Reconociendo la importancia de las integraciones empresariales para el mercado, y con el objetivo de dotar de información a los interesados en dichas operaciones y al público en general, la SIC expidió la Resolución 52778 de 2011<sup>58</sup>, la cual contiene una “*Guía de pre-evaluación de las integraciones empresariales*”. El mencionado documento establece las instrucciones que deberán seguir las empresas que se encuentren en los supuestos del artículo 9º de la Ley 1340 de 2009 y que pretendan fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse.

Asimismo, mediante la citada Resolución también se establece una “*Guía de estudio de fondo de integraciones empresariales*” que determina la información que deberá allegarse a la autoridad, una vez ésta haya autorizado la operación.

La “*Guía de pre-evaluación de las integraciones empresariales*” fija lineamientos sobre la operación proyectada, la información sobre las empresas intervinientes solicitantes, el mercado producto, el mercado geográfico, y de los competidores, distribuidores y comercializadores.

---

<sup>57</sup> Motta M. *Competition policy. Theory and Practice*. (Cambridge University Press, 2004, pg. 237).

<sup>58</sup> Resolución 52778 del 29 de septiembre de 2011 que modifica, aclara y adiciona la Resolución 35006 de 2010. El artículo décimo séptimo modifica el Anexo 1 de la Resolución 35006 de 2010, incorporado al capítulo segundo, del título VII de la Circular Única,

No obstante, tal y como se ha dejado de presente, en el control previo, una vez establecido el mercado producto y mercado geográfico, en el estudio de los potenciales competidores es donde el concepto de las barreras de entrada toma especial relevancia. En la mencionada guía, la autoridad no hace referencia a información para la determinación de las barreras de entrada; la mención correspondiente la hace al momento del estudio de fondo.

En nuestra opinión, en la guía de pre-evaluación también habría que hacerse el estudio de potenciales barreras de entrada y no sólo de los competidores.

A pesar de lo anterior, a continuación proponemos un nuevo aparte para ser incluido dentro de las guías para el estudio de las barreras de entrada. El punto 2 de la guía quedaría entonces:

*2. De las Condiciones de Entrada al Mercado Relevante.*

*2.1. Señalar la inversión mínima (en pesos colombianos) y el tiempo necesario (en número de días) que requeriría un nuevo competidor para participar en el territorio nacional, con un volumen similar de productos afectados al que poseen las empresas intervinientes. La inversión debe tener en cuenta la adquisición o desarrollo de nueva tecnología, maquinaria y procesos productivos.*

*2.2. Relación de los productos ofrecidos y las marcas que los identifican, así como mecanismos de fidelización o gabelas promocionales para la comercialización de los mismos.*

*2.3. Señalar las campañas publicitarias utilizadas en los tres (3) últimos años, haciendo referencia también a su costo e impacto dentro del mercado.*

*2.4. Señalar las limitaciones de orden legal que deben ser tenidas en cuenta para entrar al mercado de productos afectados, en el que participan las empresas intervinientes, haciendo referencia, pero sin limitarse, a restricciones para el comercio, limitaciones en la publicidad, regímenes arancelarios especiales, entre otros.*

- 2.5. *Capacidad total de producción anual (en volumen, indicando la unidad de medida) para cada uno de los productos afectados, durante el año fiscal inmediatamente anterior a la presentación de la operación, y su costo.*
- 2.6. *Producción anual (en volumen, indicando la unidad de medida) de cada uno de los productos afectados en la fecha que se presente la operación.*
- 2.7. *Relacionar las empresas que han entrado y salido del mercado de los productos afectados con la operación, durante los últimos tres (3) años fiscales, adjuntando un concepto sobre la madurez del mercado y la proyección del mismo.*
- 2.8. *Relacionar las empresas que se encuentran en otros mercados y que cuenten con la capacidad, en un corto o mediano plazo, de adecuar sus instalaciones productivas de manera que puedan iniciar actividades, en el territorio nacional, en los mercados de los productos afectados. Indicar su razón social y la información general de contacto de la empresa.*
- 2.9. *La relación de las empresas proveedoras de materias primas e insumos de los cuales se abastecen las empresas intervinientes, señalando los datos necesarios para su contacto.*
- 2.10. *Indicar los canales de distribución y comercialización utilizados para los productos afectados, señalando las condiciones comerciales, políticas de precios y requerimientos mínimos necesarios para la distribución y la comercialización de los mismos.*
- 2.11. *Mencionar los contratos de exclusividad o cláusulas de exclusividad dentro de los contratos con proveedores y distribuidores”.*

## **Conclusión**

Así las cosas, el principal ente que ejerce el control previo de las integraciones en Colombia, realiza a través de la motivación de sus resoluciones de valoración de las operaciones (principalmente las de objeción), el desarrollo de un marco doctrinal que llena de significado práctico al componente teórico del concepto de barreras de entrada. Al estudiar las diferentes propuestas que se le informan, realiza un análisis en el que se detiene a contemplar una serie de variantes económicas, jurídicas y coyunturales a partir de las cuáles logra concretar la finalidad que su función de agencia controladora persigue en materia de integraciones empresariales y así aportar en el intento de mantener el proceso competitivo, eliminar o prevenir las restricciones, asegurar la libertad de elegir de los consumidores (y la protección de las ya mencionadas ventajas que un mercado competitivo les ofrece) y otorgar la posibilidad a cada empresa de poder introducirse en el mercado con oportunidad y eficiencia<sup>59</sup>.

Con todo, y sin perjuicio del reconocimiento que merece el desarrollo doctrinal que hasta el momento las diferentes resoluciones de la SIC han estructurado, se destaca la necesidad de que el proceso de sistematización metodológico al que su análisis debe sujetarse puede aún verse enriquecido por los avances que las autoridades de otras latitudes han realizado en esta materia, siendo el estudio de las barreras de entrada un factor tan determinante, cuya inclusión en los parámetros que oficialmente se fijan resulta de absoluta trascendencia. Por lo tanto, y como una propuesta inicial de enriquecimiento a los medios que la autoridad de competencia construya para la persecución de los fines que constitucionalmente le corresponde perseguir, mediante los términos expuestos ponemos de presente la existencia de criterios de derecho comparado cuya adopción sistemática por parte de nuestro ordenamiento enriquecería y dotaría de mayor seguridad jurídica el control de las integraciones empresariales que se pretendan al interior de nuestra economía.

---

<sup>59</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 14158 del 09 de Mayo de 2002.

## **Bibliografía**

### *i) Documentos*

1. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). “Round Table on Barriers to Entry”. September 30, 2005. PDF Document.
  - Joe S. Bain, Barriers to New Competition (1956). Citado por la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF.
  - George J. Stigler, The Organization of Industry (1968). Citado por la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF.
  - Dennis W. Carlton, Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding, 94 American Economic Review (Papers & Proceedings) 466, 469 – 70 (2004). Citado por la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF
  - United States v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001) (en banc). Citado por la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) en el documento del 30 de septiembre de 2005. Documento PDF.
  - Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kansas, Inc., 899 F. 2d 951, 968 (10<sup>th</sup> Cir. 1990).

2. “Long Term Contracts as Barriers to Entry”. Comments made by David S. Sibley, University of Texas at Austin, at the DOJ/FTC Hearings on Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge – Based Economy, May, 2002. Documento PDF.
3. Juliana Castrillón Ayerbe & María Alejandra Canales Andrade, *Tomas de Control Societario Dirigidas a la Integración: Manifestaciones, Efectos y Alternativas en el Marco del Derecho Colombiano*, (Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pregrado, Bogotá, 2010).

*ii) Guías de Valoración de Integraciones europeas y norteamericanas.*

4. U.S. Department of Justice y la Federal Trade Comisión “*Horizontal Merger Guidelines*” 1992.
5. U.S. Department of Justice y la Federal Trade Comisión “*Horizontal Merger Guidelines*” 2010.
6. Comisión Europea “*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*” 2004.

*iii) Libros*

7. Francisco Reyes Villamizar. *Transformación, Fusión & Escisión de Sociedades*. Editorial Temis, 2000.
8. Motta M. *Competition policy. Theory and Practice*. (Cambridge University Press, 2004, pg. 237).

*iv) Normas, Resoluciones y Jurisprudencia*

9. Ley 1340 de 2009
10. Decreto 2153 de 1992

11. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 52778 del 29 de septiembre de 2011 que modifica, aclara y adiciona la Resolución 35006 de 2010.
12. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29937 del 11 de Junio de 2010.
13. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27920 de Noviembre 10 de 2004
14. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35379 del 21 de diciembre de 2006.
15. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 2489 del 2 de febrero de 2007 decidió revocar la objeción por la adopción de condicionamientos.
16. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 923 de 2006.
17. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 24374 del 8 de agosto de 2007.
18. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28037 de Noviembre 12 de 2004.
19. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34904 del 18 de diciembre de 2006.
20. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 24374 del 8 de agosto de 2007.
21. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5886 del 27 de febrero de 2008.
22. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 19729 del 17 de junio de 2008.



23. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 54253 de 2010.
24. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 14158 del 09 de Mayo de 2002.
25. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-228 de 2010. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva).

v) *Internet*

26. “Derecho de la Competencia. Ensallos, Noticias y foro de discusión”.  
<http://derechodelacompetencia.blogspot.com/2007/12/nuevas-guas-para-concentraciones.html>
27. “Comisión Europea”. [http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html)
28. “Federal Trade Comission, Protecting American Consumers” <http://www.ftc.gov>
29. “Superintendencia de Industria y Comercio”. <http://www.sic.gov.co>