



Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

**CARTILLA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA
FRENTE A LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS Y ASOCIACIONES O
COLEGIOS DE PROFESIONALES**



MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**

PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

CARTILLA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA FRENTE A LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS Y ASOCIACIONES O COLEGIOS DE PROFESIONALES

La presente publicación constituye un documento informativo, que tiene por objeto difundir las normas sobre protección de la competencia en Colombia, así como su incidencia en las actuaciones desplegadas por las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales en el mercado nacional.

De igual forma, esta Cartilla busca ofrecer lineamientos, recomendaciones e indicaciones que les permitan a las asociaciones comprobar que cada una de sus actuaciones se ciñe a la normatividad vigente. Teniendo en cuenta que no es posible plasmar todas las conductas anticompetitivas en las que un agente del mercado podría potencialmente incurrir, este documento solo ilustra algunas de ellas. Por lo tanto, le corresponderá a esta Entidad, en su debido momento, realizar el análisis concreto de los casos particulares, teniendo en cuenta la normatividad vigente.

I. INTRODUCCIÓN

El importante rol que juegan las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales en las economías modernas es ampliamente reconocido, incluso por las autoridades de competencia. Sus actividades benefician a los miembros –especialmente a los más pequeños– y también pueden favorecer la eficiencia general de un mercado.

Aunque su principal función es prestar servicios a sus miembros, las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales cumplen importantes roles en cuanto al diseño de la política industrial y la representación política de sus miembros frente al Gobierno y la sociedad. La mayoría de las asociaciones juegan un papel crucial en la determinación de la forma en que se mueve su industria, y promueven estándares de productos y buenas prácticas empresariales, entre las que se encuentran el respeto por las normas de libre competencia. También publican códigos de ética y, en algunos casos, formulan y ejecutan autorregulaciones en el mercado. Las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales también promueven, representan y protegen los intereses de los miembros en relación a leyes, regulaciones, imposiciones tributarias y temas actos de política pública que los pueda afectar.

No obstante lo anterior, estas asociaciones, eventualmente, pueden ser fuente de conductas que representan riesgos para la libre competencia. De ahí la importancia de establecer lineamientos que sirvan a dichas asociaciones y a sus miembros para evitar incurrir en posibles infracciones al régimen de libre competencia colombiano.

En relación con las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales, la Constitución

Política de Colombia consagra, de forma expresa, el derecho a la libre asociación (artículo 38)¹. De acuerdo con lo dispuesto en la Carta, las personas naturales y jurídicas pueden constituir asociaciones civiles o comerciales, con o sin ánimo de lucro. Este derecho de rango constitucional alude entonces a la facultad que tienen las personas naturales y jurídicas de unirse y formar grupos, sociedades civiles o comerciales, asociaciones u organizaciones, con objetivos lícitos, encaminadas a la consecución de fines comunes y, en general, a velar por los intereses de los asociados.

La Corte Constitucional, en la la sentencia C-865/04, señaló que el derecho de libre asociación tiene como finalidad:

“(...) la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico”.

Frente al marco que rige las actividades de las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales, la Corte Constitucional también ha señalado que:

“Cuando el derecho de asociación gira en torno a proyectos económicos y se ejerce con propósitos lucrativos, su reconocimiento se enmarca en el derecho de libertad de empresa, esto es, en el artículo 333 de la Constitución Política. Esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común; prohíbe que para su ejercicio se exijan permisos previos y requisitos sin autorización de la ley; concibe la libre competencia como un derecho que supone responsabilidades; afirma la función social que tiene la empresa; le impone al Estado el deber de impedir la obstrucción de la libertad económica y evitar el abuso de la posición dominante y, finalmente, sujeta el ejercicio de ese derecho a los límites que imponga la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”². (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, las asociaciones, además de estar protegidas por el derecho a la libre asociación, también están cobijadas por el derecho a la libertad de empresa.

Si bien la libre asociación y la libertad de empresa son derechos de rango constitucional su ejercicio no debe ser de ser abusivo ni arbitrario, ya que no son derechos absolutos. Es por ello que el legislador ha reconocido límites a su ejercicio atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, a su vez, han sido definidos por la jurisprudencia constitucional. Tales límites son consecuencia del reconocimiento del equilibrio que debe existir entre el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, y de la realización de los fines del Estado.

1. Constitución Política de Colombia. Artículo 38. “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

2. Corte Constitucional. Sentencia C-792 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Así las cosas, la normatividad que consagra el régimen de protección de la competencia en Colombia se erige como uno de los límites a los derechos de asociación y libertad de empresa, de manera tal que las personas, en su ejercicio, deberán atender lo allí dispuesto.

II. LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS O GREMIOS Y LAS ASOCIACIONES DE PROFESIONALES

Las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales son personas diferentes de los miembros que las conforman, y se constituyen con el fin de perseguir objetivos comunes en el sector económico donde se desempeñan.

En general, las funciones de las asociaciones se pueden dividir en tres: (i) realizar actividades para los miembros; (ii) desarrollar funciones regulatorias y económicas; y (iii) realizar funciones políticas.

La principal función de las asociaciones es la de realizar actividades para sus miembros. Esta función consiste en la organización de conferencias, foros, seminarios, debates, entrenamientos en áreas legales y de mercadeo, patrocinio de ferias, publicación de revistas, artículos y periódicos, entre otros, con el fin de compartir ideas, opiniones y problemáticas del sector económico, la industria o las profesiones donde se desempeñen sus miembros. Asimismo, está en cabeza de las asociaciones recolectar cifras sobre el desarrollo y la situación actual del sector, para agregarlas y difundirlas mediante informes.

La función económica y regulatoria que adelantan las asociaciones se relacionan con la organización de la industria o la profesión. Comúnmente, las asociaciones adoptan buenas prácticas, expiden códigos de ética, se autorregulan, elaboran recomendaciones para sus miembros, entre otros.

Por último, la función política de las asociaciones consiste en promover, representar y proteger los intereses de sus miembros y del sector o profesión ante el Estado. Así entonces, las asociaciones son quienes representan al sector ante eventuales reformas de la legislación, la regulación, el régimen tributario o cualquier política estatal que pueda conllevar la afectación de la industria, el mercado o las profesiones³.

El rol de las asociaciones y las agremiaciones dentro de la economía ha sido reconocido por los agentes económicos y por el mismo Estado, por cuanto sus actividades, en general, van encaminadas a beneficiar a sus miembros, a

3. Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, es legal acudir ante entes regulatorios o legislativos para promover la expedición de normas que protejan los intereses particulares de un sector o sus empresas, o para evitar la promulgación de aquellas que sean desfavorables al mismo. Lo anterior “bajo el presupuesto que en ejercicio de las actividades de búsqueda común de una modificación legislativa o regulatoria, no se realizan conductas anticompetitivas como puede ser intercambiar información confidencial de las empresas o agentes involucrados en el “cabildeo”. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 5031 del 19 de febrero de 2013, pág. 11.

los consumidores y al mercado en general⁴. Así lo ha reconocido el Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), al señalar lo siguiente:

“Si bien la competencia está ciertamente basada en que cada jugador del mercado persiga como objetivo maximizar sus ganancias, hay actividades y funciones que no pueden perseguirse eficientemente por las firmas de manera individual, siendo más adecuados esfuerzos colectivos”⁵.

De esta manera, las actividades llevadas a cabo por asociaciones incentivan la eficiencia en el mercado, lo que conduce al mejoramiento del bienestar de los consumidores. Se justifica la existencia de asociaciones en la medida en que las actividades y funciones de estas, en principio, repercuten positivamente en la competencia. De hecho, una de las funciones más comunes de las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales, es establecer sistemas de cumplimiento de las normas de competencia a través del diseño de programas y entrenamientos que les sirvan a los miembros y sus funcionarios para verificar que su conducta cumple con dicho régimen. De igual forma, las asociaciones preparan estudios sectoriales relacionados con las tendencias de la demanda y los desarrollos tecnológicos y comerciales en la industria. Estas y otras funciones relacionadas con el diseño de políticas industriales que promuevan la eficiencia de la industria hacen que las asociaciones cumplan un papel muy relevante en las economías modernas.

No obstante lo anterior, precisamente por las funciones que desempeñan, las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales se encuentran expuestas a ciertos riesgos relacionados con la eventual transgresión de las normas de libre competencia, especialmente cuando agrupan agentes económicos que compiten entre sí.

Como bien lo ha señalado la OCDE:

“Las asociaciones de comercio y negocios juegan un papel importante en las economías modernas. En su mayoría persiguen propósitos legítimos como la preparación de estudios industriales,

4. Múltiples autoridades de competencia a nivel mundial han reconocido los beneficios que para los mercados puedan generar la labor de los gremios y las asociaciones de profesionales. Es así como la Fiscalía Nacional Económica de Chile, en la página 4 de su “Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia”, publicada en 2011, señaló: “(...) No obstante ser muy diversas en cuanto a su tamaño, estructura y fines, todas cumplen un rol importante y legítimo dentro del sistema de mercado. En términos generales, ellas promueven el desarrollo y protección de las actividades e intereses comunes de sus miembros (...)”.

Sobre este mismo aspecto, la Comisión Nacional de la Competencia de España, en su “Guía para Asociaciones Empresariales”, publicada en diciembre de 2009, consideró que: “Las Asociaciones empresariales tienen en España una importancia destacada, derivada de la función social y económica que realizan y de la tradición del modelo asociativo en los distintos sectores económicos. (...) La Vigencia del asociacionismo empresarial se deriva de la utilidad de los servicios que prestan a sus miembros y a la economía en su conjunto. A través de ellas se instrumenta la representación del sector empresarial, se prestan servicios que pueden contribuir a la modernización de la estructura productiva y se impulsan comportamientos socialmente responsables.”

5. Traducción libre. Trade Associations OECD Policy Roundtables 2007, pág. 15. “While competition is certainly based on each market player pursuing its individual profit maximization objective, there are activities and functions which cannot be pursued efficiently by single firms on their own but are better suited for a collective effort. These activities, which in many instances advance consumer welfare, can be pursued collectively by market players in the context of trade and professional associations”.

6

intervención frente a las entidades gubernamentales para llamar su atención a los intereses específicos de la industria, el desarrollo de guías de estandarización de productos, la diseminación de información agregada del mercado que ayuda a las firmas a tomar decisiones de inversión, la difusión de buenas prácticas industriales, y similares. Por otro lado, como las asociaciones de empresarios ofrecen repetidas oportunidades de contacto entre competidores directos, también podrían servir como un vehículo para actividades que restrinjan la competencia. Un buen número de casos de cartelización traídos por las autoridades de competencia del mundo involucran directa o indirectamente una asociación de empresas. Una asociación puede por sí misma organizar, orquestar y motivar violaciones a la competencia directas, o simplemente facilitarlas”⁶.

De esta forma, las actividades de las asociaciones podrían llegar a influir en el comportamiento y las opiniones de sus asociados, frente a diversos aspectos que afectan el desempeño del mercado en el que participan.

III. ACTUACIONES DE LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS O GREMIOS Y LAS ASOCIACIONES DE PROFESIONALES QUE PUEDEN REPRESENTAR INFRACCIONES A LAS NORMAS SOBRE LIBRE Y LEAL COMPETENCIA EN LOS MERCADOS

Las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales están obligadas a desarrollar sus actividades dentro del marco del régimen de protección de la competencia⁷, el cual prohíbe, entre otros, los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia. Por lo tanto, una vez integrada la asociación por un número plural de sujetos, la misma adquiere los mismos deberes que cualquier otro particular en relación al régimen legal de protección de la competencia.

⁶. Traducción libre. Trade Associations - OECD Policy Roundtables 2007, pág. 16. *“Trade/business associations play an important role in modern economies. In most instances, trade associations serve legitimate purposes, such as the preparation of industry studies, advocacy before government entities to bring to their attention industry-specific interests, the development of guidelines for product standardization, the dissemination of aggregate market information to help firms make investment decisions, the dissemination of good industry practices, and the like. On the other hand, because trade associations offer opportunities for repeated contacts between direct competitors, they may also serve as a vehicle for activities that restrict competition. A fair number of the cartel cases brought by competition agencies around the world directly or indirectly involve a trade association. A trade association may itself organize, orchestrate and enforce naked antitrust violations, or may simply facilitate them”.*

⁷. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, modificatorio del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, el régimen de protección de la competencia no solo es aplicable a las empresas que desarrollen una actividad económica en el mercado, sino también a toda organización que afecte o pueda afectar ese desarrollo, como las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales. Específicamente, el artículo en mención dispone lo siguiente: *“Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.*

Lo anterior implica que a las asociaciones de empresas o gremios y a las asociaciones de profesionales les está prohibido promover o ejecutar directamente acuerdos contrarios a la libre competencia, o servir de plataforma para que los mismos se pacten o ejecuten⁸. De igual forma, les está prohibido influenciar a sus empresas afiliadas para que pacten o ejecuten dichos acuerdos, todo de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992⁹.

Asociación Colombiana de Medicina Integral (ACEMI) y catorce (14) EPS del Régimen Contributivo

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), mediante la Resolución No. 46111 de 2011, le impuso una sanción a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI) por infringir lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, que les prohíbe a las asociaciones del sector salud adoptar decisiones o conductas que tengan por objeto restringir la competencia en el sector salud.

8. Decreto 2153 de 1992. Artículo 47. “Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*
2. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*
3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*
4. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.*
5. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.*
6. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.*
7. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*
8. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.*
9. *Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*
10. *Los que tengan por objeto o tenga como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”*

9. Decreto 2153 de 1992. Artículo 48. “Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: (...)”

2. *Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios. (...)”*

La SIC también les impuso sanciones a las catorce (14) EPS del Régimen Contributivo agremiadas en dicha asociación, por haber realizado un acuerdo anticompetitivo en el mercado del aseguramiento en salud; y a cada uno de los representantes legales de las empresas agremiadas, por haber ejecutado y tolerado las conductas anticompetitivas realizadas por ACEMI y las EPS-C.

Lo anterior, toda vez que las EPS-C agremiadas acordaron, en el marco de ACEMI y con la promoción de esta asociación, lo siguiente: (i) un listado de procedimientos médicos que todas las EPS-C, de forma concertada, debían negar a sus afiliados, de forma tal que los procedimientos ofrecidos por cada EPS-C dejarían de ser un factor con base en el cual estas competirían entre sí, lo cual les permitiría a quienes realizaran el acuerdo, de manera conjunta y en detrimento de los afiliados y del mercado mismo, dejar de competir; (ii) impedir la transparencia de la información requerida por el regulador para determinar la Unidad de Pago por Capitación (UPC) –con base en la cual se remunera a las EPS-C por cada afiliado–, por cuanto dicha agremiación impartía instrucciones sobre el contenido de la información que debía remitirse y, a su vez, permitía y realizaba intercambios de información sensible entre competidores; y (iii) un mecanismo tendiente a fijar la UPC, entendida como el precio del aseguramiento, con lo cual se definía indirectamente el precio de aseguramiento en salud. Estas conductas tuvieron lugar durante el periodo comprendido entre los años 2006-2010.

No obstante lo anterior, el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009¹⁰ reconoce como restricciones a la aplicación del régimen de competencia las intervenciones del Estado en la economía, bajo el entendido de que son mecanismos para el desarrollo de otros principios y fines constitucionales. Esto implica que si una regulación del Estado dispone expresamente la realización de una conducta que entra en conflicto¹¹ con lo dispuesto en las normas de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá abstenerse de investigar y sancionar a quienes ejecuten tal conducta.

Así mismo, en el ámbito de derecho comparado se han establecido en otras jurisdicciones unos mecanismos conocidos como “zonas o puertos seguros” (en inglés *safety zones o safe harbors*) por virtud de los cuales, se tiene un grado de certeza respecto de la ausencia de efectos anticompetitivos y, por consiguiente, de su legalidad, sin entrar a inquirir sobre circunstancias particulares. Lo anterior no significa que se tengan por anticompetitivas,

10. Ley 1340 de 2009. Artículo 31. *“Intervención del Estado. El ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención. Son mecanismos de intervención del Estado que restringen la aplicación de las disposiciones de la presente ley: los Fondos de estabilización de precios, los Fondos Parafiscales para el fomento agropecuario, el establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios prevista en el Decreto 2478 de 1999, los acuerdos de cadena del sector agropecuario, el régimen de salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993 y 81 de 1988”.*

11. Se entenderá que existe un conflicto entre una norma de regulación y una norma de competencia cuando un agente de mercado no puede cumplir simultáneamente con sus obligaciones bajo ambas normas.

aquellas conductas que no se enmarquen en los supuestos de zonas o puertos seguros¹².

Las autoridades de competencia han establecido dos zonas o puertos seguros, aplicables a los acuerdos de colaboración entre competidores y que se pueden extender a la presente *Cartilla*: la primera se refiere a una cláusula general, y la segunda, a los acuerdos de colaboración entre competidores aplicables en materia de Investigación y Desarrollo (en adelante I+D) en mercados de innovación.

En cuanto a la aplicación de primera hipótesis al régimen de competencia colombiano, vale decir la cláusula general, esta Superintendencia reconoce que en aquellos casos en que la asociación reúne menos del 20% del mercado relevante, es poco probable que su conducta pueda restringir la competencia, en la medida en que los competidores restantes podrán establecer una presión competitiva suficiente¹³. Lo anterior, sin perjuicio de que en situaciones excepcionales y en el marco de una actuación administrativa se pruebe que una conducta viola las normas de competencia, en virtud de ello, será caso por caso que la Autoridad de Competencia investigará e impondrá las sanciones a que haya lugar.

Frente a la segunda zona o puerto seguro, las autoridades de competencia han identificado que para determinar si se trata de actividades de I+D habrá de tenerse en consideración la naturaleza, alcance y magnitud de las actividades de I+D, su acceso a apoyo financiero, propiedad intelectual, personal capacitado o activos especializados, tiempo y la capacidad de actuación independiente¹⁴. En el caso específico del régimen de competencia colombiano, el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 señala:

“Artículo 49. Excepciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

1. *Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología”.*

En razón de lo anterior, si una conducta ejecutada por un gremio empresarial o asociación de profesionales, cae en el supuesto previsto anteriormente, conforme se indicó, esta Superintendencia no tendrá como contraria a la libre competencia tal conducta. Ahora bien, es preciso aclarar que tal excepción únicamente se predica de la conducta que tenga como objeto exclusivo lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992. En caso de que el objeto de la conducta se amplíe para incluir otro tipo de propósitos, corresponderá a esta Superintendencia evaluar la conducta de manera global en el curso de una actuación administrativa, con el fin de determinar si viola o no las normas de competencia. En consecuencia, será caso por caso que la Autoridad de Competencia investigará e impondrá las sanciones a que haya lugar en caso de afectarse la libre competencia.

12. Vid. Federal Trade Commission & Department of Justice. Antitrust guidelines for collaborations among competitors, Washington, 2000, pág. 25.

13. *Ibidem*, pág. 26.

14. *Ibidem*, pág. 27.

Dicho lo anterior, es oportuno mencionar que el desarrollo de las actividades de una asociación implica la realización de reuniones entre competidores que representan escenarios propicios para la discusión de asuntos de interés común y la toma de decisiones que requieren, por lo general, de la participación de todos los miembros.

Para los objetivos de esta *Cartilla*, deben entenderse como decisiones de una asociación todas aquellas manifestaciones que impliquen una recomendación, orden, sugerencia y, en general, cualquier tipo de acción en la que se plasme la voluntad de dirigir el comportamiento de sus miembros.

Lonja de Propiedad Raíz de Cali y las empresas Bienes y Capitales S.A. e Inmobiliaria Pacífico Ltda.

Mediante Resolución No. 277600 de 1999, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sancionó a la Asociación Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca, como entidad gremial; a la sociedad Bienes y Capitales S.A.; y a la Inmobiliaria del Pacífico Ltda.; por realizar un acuerdo o concertación para fijar los precios de los servicios de arrendamiento y avalúo de bienes inmuebles en el Valle del Cauca.

La SIC encontró que en los estatutos de la Lonja se estipuló como obligación la fijación de políticas sobre los servicios prestados por esa agremiación, las cuales serían de obligatorio cumplimiento para los miembros. Dentro de dichas políticas se encontró la de “reglamentar los honorarios que sus miembros pueden cobrar por las operaciones de promoción, enajenación, administración, arrendamiento y avalúos de bienes y raíces y otros similares o afines”.

La Lonja de Propiedad Raíz de Cali y del Valle del Cauca realizó el acuerdo en forma de concertación, en la medida en que la junta directiva es un órgano que, por estatutos, tiene la obligación de fijar las políticas y decidir las tarifas que se cobrarán a los usuarios de las inmobiliarias miembros, para los servicios de venta, arrendamiento y avalúo de inmuebles.

Las tarifas eran establecidas periódicamente por la junta directiva del órgano asociativo mediante resoluciones y eran tomadas como pauta para el cobro de los servicios de las inmobiliarias sancionadas.

Es claro que no todas las decisiones de una asociación tienen la potencialidad de infringir el régimen de libre competencia, pues como se expresó anteriormente, estos grupos se crean con el fin de generar eficiencias en un mercado. Es por esto que se debe analizar caso por caso para determinar si la actuación realizada por la asociación tiene la potencialidad de generar efectos anticompetitivos.

Las decisiones que toman las asociaciones en desarrollo de su objeto social de agremiación y que, en principio, restringen la libre competencia, se dividen en dos grandes grupos:

El primer grupo está relacionado con los requisitos de entrada a la asociación. Una asociación puede afectar

la competencia en los mercados cuando: (i) la pertenencia a la misma sea necesaria e indispensable para desarrollar una actividad económica; y (ii) los requisitos de entrada a la asociación no sean objetivos o resulten discriminatorios. No se considera necesaria o indispensable para el desarrollo de una actividad económica la obtención de beneficios derivados de la pertenencia a una asociación, tales como el acceso a eventos sectoriales, publicaciones, información agregada del mercado, buenas prácticas comerciales y mecanismos de autorregulación; la representación, promoción y protección de los intereses de sus miembros y del sector ante las diferentes autoridades del Estado; y cualquier otro similar.

El segundo grupo tiene relación directa con las acciones llevadas a cabo por la asociación en el giro ordinario de sus actividades, pues, mediante ellas se puede crear un escenario óptimo para transgredir el régimen de libre competencia, cuando tengan la potencialidad o el efecto de unificar el comportamiento de sus miembros en cuanto a diversas variables de competencia (como precio, calidad, cantidad y servicio), y que afecten su libertad o actuar individual en el mercado.

Asociación de Hospitales de Risaralda (ASHORALDA)

Mediante Resolución No. 41687 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso una sanción a ASHORALDA por infringir la prohibición consagrada en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, y a su representante legal, por haber ejecutado y tolerado las conductas anticompetitivas realizadas por la agremiación.

Lo anterior, por cuanto dicha agremiación, en desarrollo de su actividad, adoptó decisiones que tuvieron por objeto y como efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado, al participar directamente como asesora y representante de las Empresas Sociales del Estado -ESE- en las negociaciones de la contratación realizadas con Entidades Promotoras de Servicios de Salud del régimen subsidiado -EPS-S- en el Departamento de Risaralda, fijando condiciones de contratación y precios concertados y uniformes para los servicios ofrecidos por las ESE agremiadas, y por tanto, excediendo el papel legalmente permitido a las Asociaciones gremiales.

Dichas conductas tuvieron como efecto que todas las EPS-S contrataran con las ESE bajo las mismas condiciones contractuales y a las mismas tarifas durante el periodo comprendido entre los años 2004 a 2008.

Precedente extranjero: COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA ESPAÑA. Resolución de la CNC (Exp. S/0053/08 FIAB y Asociados) del 14 de octubre de 2009.

La Comisión Nacional de la Competencia impuso en 2009 una multa a la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB) y a otras ocho asociaciones del sector de la alimentación por hacer una recomendación colectiva de precios en una serie de notas de prensa de estas asociaciones.

El contenido, el lenguaje y la difusión de las notas de presa contribuían a transmitir el mensaje de que era inevitable trasladar los incrementos de los costos a los precios finales, lo que constituía una señal para que las empresas actuaran en un mismo sentido y para predisponer a los consumidores a aceptar los incrementos de precio.

A partir de lo anterior es posible afirmar que el régimen de libre competencia reprocha conductas como solicitar a los miembros de la asociación requisitos no objetivos de admisión o permanencia (en aquellos casos en que la pertenencia a la asociación sea necesaria e indispensable para desarrollar una actividad económica), o promover decisiones relacionadas con la unificación de precios, cantidades de producción, niveles de servicio, condiciones de compra de insumos y demás variables comerciales, cuya homogeneización reviste peligrosidad para el libre desarrollo de la competencia en los mercados.

Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar (PROCAÑA) y Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda (AZUCARI).

Mediante Resolución No. 33141 de 2011, confirmada en su integridad por la Resolución No. 41707 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a PROCAÑA, asociación que agremia a las personas naturales y jurídicas productoras y proveedoras de caña de azúcar; y a AZUCARI, asociación que agremia al comité de cañicultores del Ingenio Risaralda; por haber establecido un sistema de negociación conjunta del precio y de las condiciones contractuales para la venta de caña de azúcar destinada a la producción de etanol. Tal sistema tendió a limitar la libre competencia en ese mercado, por cuanto estableció las condiciones de remuneración y los precios que debían exigirse a los ingenios que adquirirían la caña. Las asociaciones solicitaron poderes para negociar en nombre y representación de los afiliados, llegando finalmente a la elaboración de los contratos modelos con conductas uniformes que definirían la forma en que se vendería la caña a los ingenios.

La estrategia de negociación conjunta reprochada por la SIC inició en el 2005, cuando se aprobó en la Asamblea General de PROCAÑA de manera unánime, y se mantuvo al menos hasta finales de 2008. Luego de lograr la suscripción de los poderes y la participación de todos los afiliados en las negociaciones conjuntas, las agremiaciones sancionadas influenciaron las políticas de precios de los cañicultores que hacían parte de aquellas, con lo cual también transgredieron la prohibición del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Vale la pena precisar que, en cuanto a la dosificación de la multa, se distinguió entre una y otra agremiación, bajo el entendido que PROCAÑA fue quien gestó y promovió la conducta mencionada y, posteriormente, AZUCARI acogió el esquema de negociación conjunta creado. La SIC también tuvo en cuenta que el acuerdo de negociación conjunta celebrado por los cañicultores buscaba mitigar los efectos del acuerdo de precios de compra que realizaron los ingenios azucareros, y que fueron sancionados por esta Entidad mediante las Resoluciones No. 6839 de 2010 y 42411 de 2010.

Por otra parte, existen situaciones en las que la asociación actúa ya no como **promotor** de conductas que pueden restringir la competencia (lo que por sí mismo es sancionable, como cuando sugiere a sus miembros la fijación de un precio), sino como partícipe en el mercado relevante, ejecutando directamente prácticas restrictivas de la competencia, sin que sea necesaria la intervención de sus miembros. Así, por ejemplo, una asociación puede celebrar contratos con proveedores de sus miembros que resulten siendo restrictivos de la competencia, caso en el cual la asociación actuará directamente como agente del mercado y no como ente que puede afectar el desarrollo del mismo. En estos eventos las asociaciones pueden ser sancionadas por las conductas que ejecuten directamente en el mercado, independientemente de que tales comportamientos estén relacionados con su objeto social de agremiación y/o hagan referencia a la relación o vínculo que tienen con sus miembros.

Caso UCEP

Mediante Resolución 23890 del 29 de abril de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sancionó a la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS (UCEP), que es una agremiación de agencias publicitarias y centrales de medios; a CARACOL TELEVISIÓN S.A. (CARACOL); a RCN TELEVISIÓN S.A. (RCN); y a IBOPE COLOMBIA S.A. (IBOPE, hoy IBOPE COLOMBIA S.A.S.), por contravenir lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Adicionalmente, sancionó a los representantes legales de las empresas referidas, por haber tolerado la realización de las conductas anticompetitivas contenidas en las disposiciones señaladas.

Los canales de operación privada RCN, CARACOL y la agremiación UCEP celebraron un contrato con IBOPE para que este último realizara estudios de medición de audiencias (INFOMETER) y de competencia publicitaria (INFOPAUTA), los cuales representan insumos fundamentales en el mercado de pauta publicitaria. La SIC determinó que el contrato constituyó un acuerdo restrictivo de la competencia, toda vez que su implementación les impidió a varios canales internacionales acceder a los estudios de audiencia de televisión colombiana, durante al menos 8 meses. El acuerdo, además, generó una barrera artificial de acceso para el resto de participantes en el mercado que estuvo representada en un incremento significativo e injustificado en el precio de los estudios para terceros. Finalmente, se determinó que a través del mencionado contrato se pactaron estipulaciones entre competidores de un mismo mercado, encaminadas a delimitar las conductas propias de un ambiente de libre competencia.

Es preciso resaltar que, en este caso, la UCEP fue sancionada como agente económico que participó directamente en el acuerdo restrictivo descrito. En otras palabras, la asociación fue sancionada por su obrar propio, no por decisiones que hubiera tomado en razón de su labor de agremiación.

A pesar de que no es posible enumerar todas las actividades de las asociaciones que pueden generar preocupaciones desde el punto de vista de la competencia, existen algunas cuyo impacto negativo en el mercado es potencialmente alto, por lo cual presentan mayor riesgo de infracciones de la normatividad vigente y, por consiguiente, son prioritarias en la vigilancia administrativa adelantada por esta Superintendencia. A continuación se desarrollarán algunos ejemplos de conductas que comúnmente representan infracciones al régimen de libre competencia, lo que no obsta para que existan otras conductas que puedan ser violatorias del mismo.

♦ INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

Las asociaciones tienen un papel fundamental en la revisión del contexto del sector o de la industria al que pertenecen, para lo cual realizan diversas reuniones con sus miembros con el propósito de discutir asuntos de interés común.

Una de las tareas más importantes de las asociaciones tiene que ver con la recopilación de información para efectuar estudios, informes o labores similares referidas al desarrollo de la industria específica, o estadísticas sobre aspectos de ese ramo de los negocios, que generalmente son circulados entre los miembros.

Esta labor, en principio, es benéfica para el mercado, dado que la información intercambiada permite corregir asimetrías de información para poder competir más eficientemente. En este sentido, el intercambio de información que no facilita ni promueve la realización de conductas anticompetitivas es legal y permitido por el régimen jurídico colombiano. Esa información disponible en el mercado también puede beneficiar a los potenciales competidores porque les ayuda a proyectar su entrada; y a los consumidores, en la medida en que les permite contar con mayores insumos para la toma de decisiones.

En este sentido, la **OCDE** ha señalado:

“(...) después de todo, el modelo ideal de competencia perfecta tiene como premisa la información perfecta del mercado desde el lado de la demanda y de la oferta. El conocimiento del mercado y de sus características claves (e.g. características de la demanda, capacidad de producción disponible, planes de inversión, etc.) facilitan el desarrollo de estrategias comerciales eficientes y efectivas de los jugadores del mercado”¹⁵.

Sin embargo, esta figura puede, en ocasiones, exceder los propósitos legítimos de la asociación, la cual podría ser utilizada como un espacio en el cual los asociados/competidores intercambian información sensible¹⁶, propiciando la creación de mecanismos de coordinación para uniformar sus conductas comerciales, estimulando la colusión tácita y explícita entre competidores, y dando lugar a acuerdos de fijación de precios u otros acuerdos anticompetitivos.

En esta medida, el intercambio de información sensible entre competidores a través de una asociación puede facilitar la colusión tácita y explícita entre los competidores que son miembros de ella, al permitir el conocimiento de variables como los costos de los competidores, los precios de los insumos, las estrategias de mercadeo, los precios futuros, entre otros. Además de transparencia en el mercado, el intercambio de información sensible les puede permitir a los participantes de un cartel monitorear si sus pares están cumpliendo con las restricciones acordadas.

¹⁵. Traducción libre. Trade Associations OECD Policy Roundtables 2007, pág. 35. “(...) after all, the ideal model of perfect competition is premised on demand-side and supply-side perfect information about the market. The knowledge of the market and its key features (e.g., characteristics of demand, available production capacity, investment plans, etc.) facilitates the development of efficient and effective commercial strategies by the market players.”

¹⁶. Entre otros, datos desagregados y actuales de facturación, precios, inversiones, gastos en publicidad, costos, clientes, proveedores.

Por consiguiente, la Autoridad de Competencia debe estar alerta frente a las figuras que, dentro del uso legítimo del derecho de asociación, pudieren ser utilizadas como un foro para intercambios de información comercial sensible entre empresas, que resultaren contrarios a la libre competencia.

Las conversaciones (casuales o formales) sobre precios, calidades, cantidades y futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o a conductas conscientemente paralelas, que podrían transgredir las disposiciones de libre competencia. En este sentido, se debe advertir que hasta la comunicación más informal sobre precios, cantidades o calidades de los bienes producidos, estrategias de negocios u otras variables competitivas pueden ser susceptibles de facilitar o traducirse en acuerdos u otros ilícitos anticompetitivos¹⁷.

No obstante lo anterior, se debe reiterar que la recolección de información y la publicación de cifras del sector son unas de las funciones principales de las asociaciones, por lo cual, para que no se haga un uso indebido de ellas, se tendrá que acudir a los medios necesarios para no propiciar foros para la coordinación entre competidores. Este es un riesgo que la asociación debe tratar de mitigar mediante la implementación de protocolos de reuniones y estableciendo fuertes estándares de confidencialidad a la información a la que tienen acceso los funcionarios de la asociación. Además, las asociaciones deberían publicar y difundir información de manera agregada, y que corresponda a información histórica de sus miembros.

Ahora bien, es importante diferenciar los tipos de intercambio de información que pueden generar alertas para la Autoridad de Competencia, bajo el entendido de que el ejercicio adecuado de la libertad de asociación supone que existan discusiones al interior de la agremiación que permiten informar a sus afiliados sobre aspectos relevantes en la industria a la que pertenecen, lo cual puede generar, a su vez, efectos procompetitivos, aumentos de eficiencia o reducción de costos, que en general no necesariamente representarían infracciones al régimen de libre y leal competencia.

17. Traducción libre. Trade Associations OECD Policy Roundtables 2007, pág. 16. “Frente al particular, la OCDE señaló: “Las áreas tradicionales de atención sobre las asociaciones de comercio son acuerdos de precios, repartición de consumidores o de territorios y colusión en licitaciones. Los acuerdos directos de precios o de repartición de clientes orquestados por una asociación de comercio se están volviendo extraños. La autoridad de competencia ha aumentado su enfoque en lo que respecta a las prácticas de las asociaciones de comercio que facilitan la colusión entre sus miembros. Reglas de membresía excesivamente restrictivas, intercambios de información comercial detallada y sensible, estándares de industria exclusivas o cerrados, restricciones de publicidad y códigos “éticos” que regulan precios y otras prácticas comerciales que limitan la libertad de competir son abiertamente los mayores problemas que la actividad de las asociaciones comerciales evidencian hoy en día”

Traducción libre. Trade Associations OECD Policy Roundtables 2007. “The traditional areas of concern about trade associations are price fixing, allocation of customers or territories and bid-rigging. Naked price fixing or customer allocation conspiracies orchestrated by a trade association are becoming rarer, though. Competition enforcement is increasingly focused on trade associations’ practices that facilitate collusion among the members. Unduly restrictive membership rules, exchange of detailed and sensitive commercial information, exclusive or closed industry standards, marketing restrictions, and “ethical” codes regulating pricing or other trading practices that limit the members’ ability to compete freely are among the antitrust-sensitive issues which most affect the activities of trade associations today”.

▪ ¿Qué tipos de intercambio de información entre agremiados / competidores podrían tener efectos negativos para la libre y leal competencia?

Para determinar qué intercambios de información pueden generar restricciones indebidas a la libre competencia, se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

- a. **La estructura del mercado en el que se lleva a cabo el intercambio de información:** Hace referencia a la concentración del mercado. Entre más concentración haya, existe mayor probabilidad de que el intercambio de información tenga efectos anticompetitivos en razón del número reducido de competidores en el mercado, como en el caso de un oligopolio.
- b. **La naturaleza del producto sobre el cual se intercambia información:** Tratándose de productos homogéneos (es decir, productos que por regla general no son diferenciables, como el petróleo, el cemento o la soya), el intercambio de información en el mercado hace más probable la homogeneización de comportamientos entre competidores, siendo más fácil la coordinación de voluntades entre ellos en este tipo de productos que en otros. Lo contrario sucede cuando se trata de productos diferenciados, pues es menos probable que el intercambio de información resulte en coordinación al interior del mercado, lo cual, se aclara, no implica que no sea posible.
- c. **La clase y naturaleza de información intercambiada:** El tipo de información intercambiada a través de la asociación es un aspecto crucial al momento de determinar si la conducta es restrictiva de la competencia o no. El intercambio de información relacionada con la naturaleza intrínseca del negocio, como precios, cantidades, estrategias comerciales, proyectos de inversión, entre otros, es proclive a afectar el mercado, al paso que la información que es de conocimiento público no resulta problemática para el régimen de competencia.
- d. **El nivel de detalle de la información compartida:** Entre más detallada sea la información compartida en el marco de la asociación habrá mayor probabilidad de que existan comportamientos colusorios o restrictivos de la competencia entre competidores. Lo anterior ocurre especialmente en los eventos en que la información que se comparte permite dar luces sobre la empresa o agente del mercado que dio origen a la misma.
- e. **El periodo de referencia de la información intercambiada:** Mientras que el intercambio de información actual o proyectada a futuro tiene la potencialidad de afectar la libre competencia, el intercambio de información histórica¹⁸ de las compañías no es, por regla general, considerada sensible, en la medida en que pierde la capacidad de afectar las conductas futuras de los agentes. Lo anterior, siempre que sea presentada de forma agregada.

¹⁸. Para catalogar la información como histórica depende de las características del mercado, entre otros elementos que deberán tenerse en cuenta, según el caso concreto.

f. **La frecuencia con la que se lleva a cabo el intercambio de información:** Entre más frecuente sea el intercambio de la información, mayor probabilidad habrá de que las compañías puedan adaptarse fácilmente a las estrategias de sus competidores y, en consecuencia, de que el intercambio afecte la competencia.

g. **Los beneficiarios de los programas de intercambio de información:** Entre mayores sean los destinatarios del intercambio de información, es menos probable que sean únicamente los competidores quienes se beneficien de la información. Además, si el intercambio de información únicamente se realiza entre los miembros de la asociación, es más probable que quienes se beneficien de tal intercambio sean únicamente estos agentes, mientras que si se hace pública, los productores normalmente no podrán abusar del conocimiento que tienen del mercado.

Así entonces, la información comercialmente peligrosa para la competencia es aquella en la que su conocimiento por parte de los agentes de un mercado podría facilitar la posible realización de acuerdos de precios, conductas conscientemente paralelas entre competidores y cualquier otra práctica prevista en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, lo cual afectaría la competencia y perjudicaría a los consumidores.

Si bien no es posible establecer de antemano qué intercambios de información tienden a restringir indebidamente la competencia, en general, las siguientes conductas son consideradas contrarias al régimen de libre competencia:

a. Divulgar información sobre precios recientemente aplicados, actuales o futuros, de los productos que fabrican o comercializan los miembros de la asociación, en especial, en los casos en que la misma es presentada de forma desagregada. Lo anterior sin perjuicio de que las asociaciones divulguen información sobre precios que, por las características propias del mercado, ya es pública y se encuentra disponible a cualquier agente del mercado.

b. Divulgar información reciente, actual o futura, relacionada con cantidades o volúmenes de producción de los productos que fabrican o comercializan los miembros de la asociación, en especial en los casos en que la misma es presentada de forma desagregada.

c. Divulgar información sobre estrategias recientes, actuales o futuras, de inversión; o información sobre estrategias actuales o futuras de competencia en el mercado, entre ellas las relacionadas con la forma de comercialización de un producto o servicio, la zona geográfica en que dicha comercialización tendrá lugar, entre otras. Lo anterior será especialmente grave en los casos en que la información es presentada de forma desagregada.

La Superintendencia de Industria y Comercio, en general, no tendrá objeciones frente al intercambio de información que sea: (i) histórica (es decir que no pueda influir en las estrategias comerciales de los participantes); (ii) anónima y agregada (es decir, que no permita a quien la recibe identificar de quién proviene la información; y (iii) pública (es decir, que los datos estén disponibles para miembros que no hayan participado en el intercambio, para personas que no sean miembros y para consumidores).

Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada (ANDEVIP)

Mediante la Resolución No. 29302 de 2000, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a ANDEVIP y otras empresas prestadoras del servicio de vigilancia privada, al encontrar que estos agentes realizaron un acuerdo anticompetitivo para el establecimiento de precios mínimos en la prestación de los servicios de vigilancia privada en varias de sus modalidades, tales como la determinación de los servicios que cada una de las empresas prestaba, las condiciones contractuales y prohibición de servicios adicionales sin costo o de cualquier tipo de descuentos como parte de las políticas comerciales de los agentes, coartando de esta forma la libre determinación como supuesto del obrar de los agentes en un modelo económico de libre competencia.

El acuerdo anticompetitivo que motivó la sanción se adelantó con ocasión de la utilización de la agremiación como escenario donde las diferentes empresas se reunieron, deliberaron y decidieron acordar unas tarifas y los demás aspectos antes indicados, para lo cual suscribieron un “pacto de honor”.

Es pertinente destacar que las empresas sancionadas pretendieron justificar el acuerdo anticompetitivo realizado aduciendo razones de “equidad” y de “viabilidad financiera para el adecuado cubrimiento de los costos que la normatividad laboral impone a los empleadores”.

Agotada la vía gubernativa, los investigados interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando que la sanción impuesta no era procedente en la medida en que la SIC no demostró que el acuerdo realizado tuviera como objeto impedir, restringir o falsear la competencia. El Tribunal declaró la nulidad de la resolución de sanción y de la resolución que confirmó esta última, y dejó sin efecto la multa impuesta a título de restablecimiento del derecho.

No obstante, en apelación, el Consejo de Estado dejó claro que la intención que tengan las partes en un acuerdo horizontal de precios como el que aquí se presentó es irrelevante para juzgar su ilegalidad, y que por ende, la SIC no estaba llamada a considerar la finalidad que perseguía el acuerdo. En este sentido, el Consejo de Estado estableció que lo que importa a efectos de establecer procedencia de las sanciones correspondientes es: (i) la mera existencia del acuerdo, y (ii) que su objeto o efecto, directo o indirecto consista, precisamente, en fijar precios. En razón de lo anterior, el Consejo revocó la sentencia apelada y ratificó la decisión de la SIC.

Desde esta perspectiva, cuando en el seno de la asociación se discuten temas relacionados con información sensible se debe prestar especial atención a la forma en la que la misma es puesta en conocimiento de los asociados. En ese sentido es recomendable¹⁹:

- a. Que las reuniones realizadas por la asociación tengan un orden del día previamente conocido por los participantes en la reunión;
- b. Que al interior de la asociación se lleve un registro de las reuniones a través de actas que aborden la totalidad de los temas tratados durante la reunión;
- c. Que los datos que se pongan en conocimiento de los asociados correspondan a datos históricos, ya que, por ejemplo, información relacionada con precios actuales o futuros podría incentivar la comisión de conductas anticompetitivas;
- d. Que la información que se socialice y que pueda tener injerencia en las decisiones de los competidores se encuentre agregada.
- e. Que los asociados que presencien prácticas contrarias a la libre competencia se opongan a la decisión de la asociación, no ejecuten la conducta acordada y denuncien la misma ante la Superintendencia de Industria y Comercio;
- f. Que las asociaciones de profesionales no sirvan de foro para discutir entre los miembros sobre los datos diseminados y sobre sus consecuencias en las estrategias comerciales;
- g. Que los funcionarios de la asociación encargados de recolectar y agregar la información (incluyendo empleados, contratistas, asesores, etc.) sean absolutamente independientes de sus miembros, de tal forma que no pertenezcan o cumplan funciones simultáneamente en la asociación y las empresas afiliadas.

Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño (ADICONAR)

Mediante Resolución No. 25420 de 2002, confirmada por la Resolución No. 35523 de 2002, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sancionó a ADICONAR por haber realizado actos de influenciación sobre los agentes del mercado de distribución de combustibles (mercado regulado), tendientes a no rebajar los precios de venta al público de sus productos. De esta forma, afectó la autonomía de sus afiliados en el mercado y, por tanto, distorsionó las condiciones del mismo, puesto que dicha conducta afectaba el precio como elemento de competencia para buscar el favorecimiento en la escogencia de los consumidores.

19. Recomendaciones similares han sido realizadas por las autoridades de competencia en otras latitudes, como se puede observar en la cartilla: “*Combate a cartéis em sindicatos e associações*” del Departamento de Proteção e Defesa Econômica de Brasil, en la “Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia” de la Fiscalía Nacional Económica de Chile, en las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, entre otros.

Durante el transcurso de la investigación se estableció que ADICONAR informaba a sus asociados, por medio de boletines, los precios que deberían cobrar por la venta de combustibles corriente, ACPM y extra desde 1999 hasta el año 2001.

La SIC reprochó que ADICONAR alterara el libre albedrío de las estaciones de servicio afiliadas frente al precio que estaban dispuestas a asignar a los bienes y servicios ofrecidos, aclarando que esto es nocivo para la competencia sin importar que efectivamente se logre el resultado, debido a que las normas sobre competencia revelan un marcado interés preventivo.

♦ DECISIONES SOBRE PRECIOS Y OTRAS CONDICIONES DE COMERCIALIZACIÓN

Este tipo de decisiones comprenden algunos de los casos que más preocupación suscitan desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Puede suceder que los asociados no tengan pleno conocimiento de las consecuencias nocivas que su conducta genera para el ordenamiento vigente en materia de libre competencia. En este sentido, debe dejarse claro que hasta las más informales comunicaciones o conversaciones sobre precios, cantidades y calidades del bien producido, estrategias de negocios u otras variables competitivas, pueden ser susceptibles de facilitar acuerdos o prácticas concertadas u otros ilícitos anticompetitivos.

FENDIPETRÓLEO NACIONAL, FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ y CASANARE, y seis (6) Estaciones de Servicio de Duitama (Boyacá).

Mediante la Resolución No. 71794 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sancionó a FENDIPETRÓLEO NACIONAL, FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ y CASANARE y seis (6) Estaciones de Servicio de Duitama. Lo anterior, debido a que encontró que FENDIPETRÓLEO NACIONAL y FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, influenciaron a las estaciones de servicio investigadas para que incrementaran los precios de la gasolina corriente y ACPM en Duitama, y para que desistieran de su intención de rebajar los precios.

La SIC también encontró que las seis (6) EDS de Duitama transgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al acordar los precios de la gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama, en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

Las decisiones sobre las cuales debe tenerse especial cuidado son aquellas referidas a aspectos relevantes de la actividad comercial de los agentes, en especial, las relacionadas con información sensible sobre las transacciones

que realizan, y que en circunstancias normales de mercado serían determinadas de manera independiente y libre por cada uno de los asociados/competidores, según las condiciones del mercado.

Centros de Diagnóstico Automotriz (CDA) de Córdoba

Mediante Resolución No. 37033 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sancionó a los Centro de Diagnóstico Automotor de Córdoba, del Sinú, Certicar S.A., Diagnosti-car S.A. y a sus representantes legales, por haber realizado un acuerdo para fijar los precios de los servicios de las revisiones tecno-mecánicas y de gases de vehículos livianos en el Departamento de Córdoba, y a la Asociación Nacional de Centros de Diagnóstico Automotor ASOCDA E.U., y a su representante legal, por haber influenciado a los CDA investigados para que incrementaran los precios de sus servicios, con el fin de llegar a un precio común tomando como base los listados de tarifas sugeridas para los años 2007, 2008 y 2009 por la asociación para este tipo de servicios. Dichos listados eran enviados a los agremiados vía correo electrónico o mediante la publicación y remisión de circulares informativas.

En este caso en particular, la labor de la agremiación fue especialmente activa, por cuanto participó en reuniones de las sociedades investigadas en las cuales avaló los acuerdos que estas realizaron, logrando de esta forma la adopción de las tarifas que sugería en los listados señalados.

En este sentido, las actuaciones comúnmente utilizadas y que pueden constituirse como infractoras del régimen de competencia son:

- a. Decisiones vinculantes o no vinculantes que pretendan influir en los precios de los bienes o servicios de los agentes en el mercado. Pueden consistir en recomendaciones o sugerencias de precios mínimos, la forma como se determinen los precios y las cantidades de bienes producidos y/o comercializados en el mercado.
- b. Decisiones vinculantes o no vinculantes que determinen variables diferentes al precio para los miembros de las asociaciones como agentes del mercado. Estos pueden consistir principalmente en la determinación de políticas comerciales conjuntas y uniformes, en la prohibición o el establecimiento de descuentos o rebajas, en la no prestación o en la prestación de servicios adicionales y el cobro o exoneración de los mismos.
- c. Anuncios explícitos de incrementos de precios o de la necesidad de afrontar conjuntamente ciertos costos aumentados.
- d. Decisiones relacionadas con publicidad conjunta, en las que, por ejemplo, se anuncien precios recomendados para las empresas asociadas.
- e. Imposición de contratos tipo para estandarizar términos contractuales. Esta clase de contratos puede alinear las condiciones comerciales de los asociados y limitar la capacidad negociadora de los clientes. Lo anterior, sin perjuicio de que la ley o la regulación establezcan la utilización de contratos tipo, o que dicha utilización pueda ser procompetitiva como resultado de las características propias del mercado.

♦ DECISIONES SOBRE REPARTICIÓN DE MERCADOS

Las decisiones de una agremiación, como se ha venido señalando, pueden ser o no vinculantes, sin que ello sea un factor determinante frente a la afectación que puedan generar sobre la competencia. Respecto a las decisiones relacionadas con repartición de mercados, productos o clientes, son de especial interés para la Autoridad de Competencia las siguientes:

- a. Las decisiones que pueden tomar las agremiaciones en relación a la repartición de mercados de producto o geográficos, en procura de disminuir la competencia entre los agentes agremiados (posturas de los asociados en licitaciones públicas, establecimiento de “zonas de influencia”, “regiones exclusivas”, “clientes protegidos”, etc.). Este tipo de reparticiones se puede dar desde el punto de vista geográfico, es decir, respecto de las regiones, departamentos, ciudades, municipios o similares, de influencia o de desarrollo empresarial de los agentes; o desde el punto de vista de las cantidades de bienes producidos o comercializados o de los servicios ofrecidos o prestados, es decir, desde el punto de vista del mercado producto
- b. Las decisiones que puedan tomar las agremiaciones relacionadas con la repartición de clientes, no necesariamente localizados en su área de influencia comercial.

♦ MECANISMOS DE OBSTRUCCIÓN Y DISCRIMINACIÓN DE COMPETIDORES

En ocasiones, los miembros de una asociación o gremio exceden las facultades que les otorga su derecho de asociación y, en el seno de la agremiación, realizan conductas tendientes a obstruir o discriminar a sus competidores, con las cuales pueden perjudicarlos o expulsarlos del mercado en el que participan. Estas conductas pueden dirigirse, incluso, a clientes o proveedores, y sucederían a modo de represalia por no respetar unas reglas de juego previamente establecidas.

Algunos ejemplos de este comportamiento pueden ser:

- a. **Discriminación a competidores que no son miembros de la asociación:** Una vez la asociación se encuentre en desarrollo de las funciones legítimas para las cuales fue creada, los agremiados/competidores no pueden utilizarla como mecanismo para uniformar su comportamiento con el propósito de excluir, de forma deliberada, a otros competidores que no son miembros de la agremiación o que intentan participar en el mercado. Tampoco pueden utilizarla para promover la imposición de barreras de entrada o la aplicación de condiciones discriminatorias a otros agentes por el hecho de no pertenecer a la asociación. La imposición de estos mecanismos de exclusión podría evitar el normal comportamiento del mercado y la participación de los agentes en condiciones de libre y leal competencia. Lo anterior, sin perjuicio del derecho que tiene una asociación de determinar las condiciones o los requisitos de acceso a sus miembros, atendiendo a lo establecido en esta Cartilla.
- b. **Estándares de acreditación o certificación:** Algunas asociaciones de empresas que participan de un mismo mercado tienen como propósito establecer estándares de calidad o mecanismos de certificación de

sus productos. Su principal objetivo es la definición de los requisitos técnicos o de calidad que los productos o procesos actuales o futuros deben cumplir²⁰.

En virtud de lo anterior, la asociación y sus miembros pueden tomar decisiones sobre los requisitos que deben cumplir para mejorar sus estándares de calidad o certificación de sus bienes o servicios. No obstante, dichas decisiones no pueden tener por objeto obstaculizar la entrada de nuevos competidores al mercado, impedir la innovación de la industria o, de cualquier forma, perjudicar la competencia en el mercado, cuando dicha estandarización le otorga a la asociación control sobre la producción o la innovación, restringiendo la capacidad de competir a terceros proveedores.

IV. CONSECUENCIAS DE INFRINGIR EL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

La legislación colombiana establece sanciones severas para los agentes del mercado que incurran en prácticas restrictivas de la libre competencia, así como para quienes faciliten dichas conductas.

En caso de incurrir en infracciones al régimen de libre competencia, las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales estarían sujetas a las sanciones establecidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, conforme al cual, los agentes del mercado que incurran en prácticas comerciales restrictivas de la competencia podrán recibir multas de hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o de hasta el 150% de la utilidad obtenida por el infractor con la conducta, si fuere mayor. Esto, sin perjuicio de que los miembros de la asociación, independientemente de que sean personas jurídicas o naturales, también resulten responsables por infringir las normas libre competencia.

Para la imposición de las sanciones a los agentes del mercado, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes aspectos: el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; la dimensión del mercado afectado; el beneficio obtenido por el infractor con la conducta; el grado de participación del implicado; la conducta procesal de los investigados; la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción; y el patrimonio del infractor.

En algunas ocasiones, varios de los criterios listados anteriormente no son determinables, bien sea por la naturaleza de la conducta o por la escasez de información. Así, por ejemplo, en algunos eventos no es posible determinar el impacto real que la conducta tuvo sobre el mercado, o el beneficio obtenido por el infractor. En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio realizará una ponderación de aquellos criterios que sí pueden ser determinados, y los valorará frente a la naturaleza de la conducta desplegada por el infractor, la potencialidad de afectación sobre el mercado y la reincidencia en conductas anticompetitivas.

²⁰. El numeral 2 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, consagra que no serán violatorios de las normas de protección de la competencia: “Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.”

De igual forma, aquellas personas naturales que colaboren, ejecuten, toleren o faciliten las conductas contrarias a la libre competencia podrán ser sujetos de las sanciones establecidas en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que contempla la posibilidad de que se les impongan multas de hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el marco de las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales, podrán ser responsables de este tipo de conductas las personas que hayan participado en la práctica anticompetitiva sin haber manifestado su objeción, bien porque concurrieron a las reuniones que dan lugar a la misma, porque instruyeron su ejecución, o porque, de cualquier otra forma, colaboraron en ella, la ejecutaron, toleraron o facilitaron.

Para la imposición de las multas a quienes colaboren, ejecuten, toleren o faciliten la realización de las conductas, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta: la persistencia en la conducta infractora; el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; la reiteración de la conducta prohibida; la conducta procesal del investigado; y el grado de participación de la persona implicada.

RESUMEN

¿Las agremiaciones están sujetas a la Ley de Competencia?

R/Sí. En virtud del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, modificadorio del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, las disposiciones sobre protección de la competencia se aplicarán respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

¿Pueden imponerse sanciones a los directivos y empleados de las agremiaciones?

R/ Sí. La norma aplica a toda persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

¿Qué puede hacer un directivo de una agremiación si descubre que su institución está involucrada en prácticas anticompetitivas?

- *Presentar ante la Superintendencia de Industria y Comercio una queja a título personal o en nombre de la empresa o asociación que representa.*
- *Si la agremiación participa en una práctica restrictiva, puede alertar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la misma y recibir beneficios por colaboración, con lo cual podría tener derecho a recibir la exoneración total de la multa.*

¿Qué responsabilidad puede tener una agremiación en la realización de una práctica anticompetitiva?

R/: Podría ser responsable de aconsejar, sugerir, imponer, encubrir o ejecutar la conducta anticompetitiva. Asimismo, llegar a abusar de una posición de dominio para desplazar del mercado a personas que no son miembros de la agremiación.

¿Qué debe tener en cuenta una agremiación para no cometer prácticas anticompetitivas?

R/

- 1. No emitir recomendaciones en materia de precios, condiciones comerciales, calidades, cantidades comercializadas o mercados atendidos, ni inducir acuerdos entre miembros en estas materias.*
- 2. No intercambiar listas de precios o información sobre las transacciones de los asociados o competidores no asociados.*
- 3. No hablar sobre incrementos o reducciones en precios, ni de estabilizar, uniformar u ordenar precios, ni sobre márgenes de utilidades o pérdidas, ni remuneraciones “mínimas”.*
- 4. No emitir recomendaciones en materia de cantidades producidas o comercializadas; ni intercambiar información sobre esta materia en términos desagregados.*
- 5. No acordar ni hablar de áreas, clientes, zonas, regiones exclusivas o protegidas o términos similares.*
- 6. No discutir ni propiciar discusiones sobre licitaciones públicas en las que puedan participar los agremiados, en los eventos en que estas discusiones faciliten la disminución de la competencia entre los agremiados, y no tengan por objeto el mejoramiento técnico del proceso de contratación pública.*
- 7. No acordar posturas de los agremiados en licitaciones públicas ni privadas.*
- 8. No acordar actos coordinados de obstrucción a determinado oferente de productos o servicios por cuestiones de precios, comisiones, tarifas o condiciones relacionadas.*
- 9. No utilizar requisitos de asociación o membrecía con el fin de excluir o discriminar a competidores.*
- 10. No prohibirles a los agremiados tener trato con competidores no agremiados.*



Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

