



Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

CARTILLA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA A LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES



MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**

PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

CARTILLA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA A LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

La presente publicación constituye un documento informativo, que tiene como objetivo principal difundir las normas que integran el régimen de protección de la competencia en Colombia, así como la aplicación de estas normas a los acuerdos de colaboración entre competidores.

De igual forma, esta cartilla busca ofrecer lineamientos, recomendaciones y directrices que permitan a los agentes del mercado adecuar sus comportamientos a la normatividad vigente.

A pesar de que esta cartilla no formula respuestas conclusivas respecto de si una conducta es anticompetitiva o no (cuestión que sólo puede hacerse después de tramitada una investigación administrativa), sí ofrece criterios relevantes para determinar si una conducta se aleja o no de lo establecido por el régimen de competencia colombiano.

I. INTRODUCCIÓN

Esta cartilla presenta directrices sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de cooperación o colaboración entre competidores, con el fin de que los agentes del mercado tengan herramientas para diferenciar entre aquellos acuerdos de competidores que violan el régimen de protección de la competencia y aquellos que no.

La colaboración entre competidores es muy frecuente en las economías modernas. Cada vez más empresas celebran acuerdos de colaboración para lograr eficiencias que no podrían alcanzar de forma individual, ser más competitivas en el mercado, y entregar mayores beneficios para los consumidores. No obstante lo anterior, los acuerdos entre competidores pueden tener efectos anticompetitivos al reducir la capacidad y/o distorsionar los incentivos para que los integrantes del acuerdo compitan de manera independiente en el mercado, así como al facilitar la adopción de prácticas colusorias tendientes a extraer rentas de los consumidores o excluir los competidores que no son parte del acuerdo de colaboración.

En consecuencia, sólo aquellos acuerdos de colaboración cuyo efecto sea neutral en el mercado o aquellos que sean indispensables para producir mejoras en eficiencias y que procuren beneficios a los consumidores suficientes para compensar sus efectos anticompetitivos, serán considerados legales bajo el régimen de protección de la competencia.

El hecho de que los acuerdos de colaboración entre competidores puedan generar efectos procompetitivos hace imperativo que los agentes no se abstengan de celebrar este tipo de acuerdos, fundados en el temor de violar el régimen de protección de la competencia. Así, teniendo en cuenta que algunos acuerdos entre competidores producen beneficios económicos al mercado y los consumidores, es importante que

la Autoridad de Competencia brinde lineamientos para que las empresas determinen qué acuerdos entre competidores son restrictivos de la competencia y qué acuerdos no lo son.

Con base en lo anterior, esta cartilla presenta la doctrina que ha acogido la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con los acuerdos de colaboración entre competidores, en particular en las Resoluciones No. 4851 de 2013 y 42296 de 2013. Adicionalmente, esta cartilla presenta los acuerdos de cooperación horizontal más habituales y que no resultan nocivos para la competencia. Es determinante tener en cuenta, que lo plasmado en esta *Cartilla* no aplica automáticamente a todos los tipos de cooperación entre competidores, siempre se debe aplicar y analizar caso por caso.

II. ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

a. Consideraciones Generales

Un acuerdo de colaboración entre competidores es aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva, y que están compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales¹. La colaboración entre competidores usualmente se protocoliza en un conjunto de compromisos que pueden estar contenidos en uno o más convenios, lo cual demanda de la Superintendencia un análisis global que no solo tenga en cuenta las posibles consecuencias en el mercado de un compromiso en específico, sino que también considere la relevancia de tal compromiso dentro de un acuerdo de colaboración que, evaluado como un todo, tiene la potencialidad de generar eficiencias susceptibles de producir beneficios para los consumidores.

En general, las empresas suscriben acuerdos de colaboración con el objetivo de generar eficiencias que les permitan ser más competitivas en el mercado. En este orden de ideas, los acuerdos de colaboración entre competidores más comunes en el mercado son: i) de investigación y desarrollo; ii) de producción; iii) de compra; iv) de comercialización; y v) de estandarización².

El régimen de protección de la competencia prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o como efecto, la consecución de distorsiones al juego de la libre competencia en el mercado. Entre los acuerdos prohibidos se encuentran los que tienen por objeto o como efecto, la fijación directa o indirecta de precios (e.j. cuando dos competidores acuerdan aumentar el precio de un producto, disminuir su oferta, o establecer descuentos comunes), la repartición geográfica de mercados (e.j. cuando los competidores establecen las regiones en que cada uno de ellos va a participar), entre otros.

1. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 4851 de 2013, pág. 13. Tomado de Jones, Alison y Suffrin, Brenda: "EU Competition Law", Oxford University Press, cuarta Edición, 2011, Pág. 983.

2. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 4851 de 2013, pág. 13. Tomado de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

En efecto, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala:

“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 constituyan 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.”

De otra parte, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959:

“Artículo 1. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. (...)”

No obstante lo anterior existen acuerdos entre competidores que son susceptibles de generar eficiencias y “(...) pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o

*activos complementarios,*³ razón por la cual no deberían ser sancionados por el régimen de competencia. En efecto, “(...) *la cooperación horizontal puede ser un medio para compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación*”⁴.

Ahora bien, el hecho de que un acuerdo de colaboración determinado genere eficiencias no quiere decir, per se, que sea legal, en la medida en que incluso en estos eventos los efectos anticompetitivos del acuerdo pueden ser mayores que las eficiencias que el mismo genera. Lo anterior, toda vez que la cooperación entre competidores puede facilitar la colusión, o un incremento en el poder de mercado de las empresas, que puede traducirse en un aumento de precios y causar efectos negativos sobre la producción, la innovación, la variedad y calidad de los productos.

b. Criterios generales para determinar si un acuerdo de colaboración restringe indebidamente la libre competencia

El punto de partida del análisis que realiza esta Superintendencia consiste en evaluar si un acuerdo de colaboración genera efectos anticompetitivos o si, por el contrario, su efecto es neutral. Únicamente en el escenario en que surjan preocupaciones sobre efectos anticompetitivos, la Autoridad de Competencia procede a realizar un análisis de efectos pro-competitivos en el mercado con el fin de determinar si la colaboración, en su conjunto, restringe o no indebidamente la libre competencia. En los casos en que el acuerdo de colaboración ya está en funcionamiento, el análisis de efectos anticompetitivos y pro-competitivos deberá tener en cuenta no solo el riesgo potencial sino también la evidencia de los resultados que el acuerdo ya ha tenido en el mercado.

En términos generales, la doctrina ha identificado una serie de efectos anticompetitivos que usualmente se derivan del conjunto de compromisos adquiridos en el marco de los acuerdos de colaboración, a saber: i) cesión de autonomía sobre el poder decisorio de variables fundamentales del mercado; ii) combinación de intereses financieros que afectan los incentivos de los integrantes para competir entre sí; iii) restricciones al derecho de los integrantes de competir entre sí como agentes de mercado independientes; iv) facilitación de la colusión como consecuencia de la divulgación de información sensible o la homogeneización de las estructuras de costos de los integrantes de la colaboración; y v) exclusión de competidores⁵. La presente lista no pretende ser exhaustiva de todos los potenciales efectos anticompetitivos que puedan surgir de un acuerdo de colaboración.

Al momento de evaluar el riesgo de que un acuerdo de colaboración pueda tener efectos restrictivos de la competencia o no, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá tener en cuenta el propósito subyacente,

3. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 4851 de 2013, pág. 14.

4. *Ibíd.*

5. Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 2001/C 11/01, paras. 33-37; Federal Trade Commission y el Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, April 2000, págs. 12-18.

la naturaleza y el alcance de los compromisos adquiridos bajo el acuerdo de colaboración, así como las características propias del mercado en aspectos fundamentales tales como el número de participantes, el nivel de concentración y la existencia de barreras a la entrada.

En este sentido, los acuerdos de colaboración cuyo propósito es desarrollar proyectos mancomunados entre competidores, los cuales no podrían desarrollarse de manera independiente por los integrantes de la colaboración, excepcionalmente producirán efectos restrictivos a la libre competencia a menos que existiesen alternativas menos restrictivas para alcanzar el mismo propósito.

Adicionalmente, será más probable que un acuerdo de colaboración tienda a restringir la libre competencia cuando posibilita a las empresas la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios⁶, en comparación con los acuerdos que restringen la rivalidad en aspectos marginales del mercado.

En materia de participación de mercado, en aquellos casos en que los competidores reúnen menos del 20% del mercado relevante, es poco probable que el acuerdo pueda restringir la competencia, en la medida en que los competidores restantes podrán establecer una presión competitiva suficiente⁷.

En caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio encuentre que un acuerdo de colaboración tiene efectos anticompetitivos en el mercado, el siguiente paso es evaluar sus efectos pro-competitivos. En consecuencia, esta Superintendencia entiende que un acuerdo de colaboración entre competidores no genera restricciones indebidas en la libre competencia (es decir, no es ilegal), cuando, a pesar de sus potenciales efectos anticompetitivos, en el acuerdo evaluado concurren, de manera global, los siguientes elementos⁸:

- i. **El acuerdo produce mejoras en eficiencia:** El acuerdo debe producir mejoras en eficiencia (e.j. ahorros en costos), bien sea en la producción, adquisición, distribución o comercialización de los productos de que se trate;
- ii. **Carácter indispensable:** Las restricciones a la libre competencia que se generan como resultado del acuerdo de colaboración entre competidores deben ser indispensables para alcanzar los objetivos de mejoras en eficiencias que se pretenden lograr con el acuerdo. Una restricción será indispensable cuando: i) sea necesaria para lograr las mejoras en eficiencia generadas por el acuerdo de colaboración; y ii) los integrantes no tengan disponibles otras alternativas, menos gravosas para la libre competencia, que les permita alcanzar el mismo fin pretendido con la restricción.
- iii. **Beneficios para los consumidores:** Las mejoras de eficiencia logradas mediante un acuerdo de colaboración que genera potenciales efectos anticompetitivos “(...) *deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores, de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; por lo tanto,*

6. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 4851 de 2013, pág. 15.

7. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 4851 de 2013, pág. 14.

8. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4851 de 2013, págs. 14 y 15.

*no basta con que las eficiencias sólo beneficien a las partes del acuerdo*⁹. Para ello, las empresas deberán probar que el acuerdo genera incentivos económicos para que los participantes en él trasladen las eficiencias generadas al consumidor. El concepto de “consumidores” abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo.

Una vez la Superintendencia de Industria y Comercio demuestra que el acuerdo tiende a producir una restricción de la competencia, serán los integrantes del acuerdo quienes deberán demostrar el cumplimiento de los tres elementos aquí establecidos para que la Entidad pueda reconocer que el acuerdo no resulta contrario al régimen legal de protección de la competencia.

En línea con lo anterior, esta Superintendencia reconoce que puede presentarse la situación en la que alguno de los compromisos adquiridos en el marco del acuerdo de colaboración, analizado de manera aislada, pueda encajar a primera vista dentro de alguno de los supuestos indicados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1994 o el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En este tipo de situaciones, la legalidad de la conducta dependerá de que los integrantes del acuerdo logren demostrar que tal compromiso específico es indispensable para que el acuerdo de colaboración logre las eficiencias y se beneficie al consumidor. En consecuencia, en este tipo de situaciones el carácter restrictivo o no del acuerdo dependerá del análisis que haga la del acuerdo de colaboración en su conjunto y no del contenido de una cláusula específica.

Ejemplo de un acuerdo de colaboración entre competidores que no sería juzgado como anticompetitivo por la Autoridad de Competencia

Tres competidores, cada uno con el 7% del mercado relevante (en conjunto 21%), celebran un acuerdo para adquirir de forma conjunta los insumos que utilizan para la fabricación de sus productos (i.e. nombrando un mandatario para que negocie y compre los insumos en nombre de los tres), con el objetivo de reducir los costos a los que adquieren dichos productos. El propósito del acuerdo es poder competir de forma efectiva con los restantes competidores, cada uno de los cuales tiene el 21% 28% y 30% de participación en el mercado, y que por su tamaño y escala obtienen mejores precios sobre los insumos que adquieren, lo cual les otorga una ventaja competitiva frente a pequeños competidores.

Los miembros del acuerdo, a pesar de seguir compitiendo en el mercado (van a seguir compitiendo en la venta del producto que fabrican o distribuyen), se unen para comprar insumos más baratos y poder rivalizar de forma efectiva con los grandes competidores, que no necesitan unirse porque tienen suficiente escala en la compra.

9. *Ibíd.*

En este caso los miembros del acuerdo dejan de comportarse de forma independiente (competir) en la compra de insumos, actividad que en condiciones normales deberían desarrollar de forma independiente. Esta restricción, por regla general, es reprochada y sancionada por la Autoridad de Competencia. No obstante, en este caso la restricción genera eficiencias que contrarrestan sus posibles efectos anticompetitivos. Las empresas parte del acuerdo (que son pequeñas en comparación con sus competidores), van a poder comprar insumos a precios económicos, tal y como lo hacen los competidores grandes que tienen la escala suficiente para ello.

En casos como este los consumidores se verán beneficiados porque las pequeñas empresas podrán competir de forma efectiva con las que tienen mayor participación en el mercado, ya que probablemente podrán igualar o mejorar las ofertas competitivas que los grandes empresarios entregan a los consumidores en virtud de la escala que tienen en la compra de insumos. Así, el acuerdo no simplemente implicará un ahorro en costos para las empresas miembros, sino que adicionalmente, esos ahorros en costos se transferirán a los consumidores, teniendo en cuenta la estructura del mercado y el propósito mismo del acuerdo.

El acuerdo descrito cumple con todos los requisitos establecidos en esta cartilla para ser considerado legal. Primero, el acuerdo produce mejoras en eficiencia, ya que conlleva a ahorros en costos en la adquisición de insumos que le permiten a pequeñas empresas en el mercado igualar los ahorros que en dicha actividad tienen las empresas con mayor participación, lo cual debería intensificar la competencia; segundo, la restricción a la competencia (no comportarse de forma independiente en la compra de insumos) es indispensable para alcanzar la eficiencia que se deriva del acuerdo, ya que es precisamente la compra conjunta es la que lleva a que el mayor poder de negociación derive en ahorros en costos y en mayor competencia con las grandes empresas¹⁰; tercero, el acuerdo genera beneficios para los consumidores, ya que las pequeñas empresas podrán igualar o mejorar la oferta de las grandes empresas, -por lo menos en lo relacionado con las ventajas derivadas de la compra de insumos a menor precio- y así competir de forma más efectiva en el mercado.

c. Tipos de acuerdos de colaboración entre competidores

Para mayor ilustración y utilizando doctrina extranjera¹¹, a continuación se describen los acuerdos de cooperación horizontal que tienden a producir eficiencias en el mercado, siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriormente señalados:

i. Acuerdos de Investigación y Desarrollo: Este tipo de acuerdos pueden variar en su forma y en su ámbito de aplicación. “(...) [p]ueden prever la subcontratación de algunas actividades de Investigación y Desarrollo,

¹⁰. Si además de esa restricción en la compra de insumos los miembros acuerdan, por ejemplo, abstenerse de vender sus productos en determinada región, o fijar un precio de venta para sus productos, entre otras, el acuerdo devendría ilegal, ya que estas restricciones a la competencia nada tienen que ver con la generación de eficiencias, por lo cual son innecesarias para el logro de las mismas.

¹¹. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4851 de 2013, págs. 15 a 17. Tomado de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

*la mejora en común de las tecnologías existentes o una cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos*¹².

ii. Acuerdos de Producción: Los acuerdos de producción pueden variar en su forma y alcance. Las empresas pueden producir conjuntamente mediante una alianza de cooperación o mediante un acuerdo de subcontratación en el que una parte encarga a otra la producción de un bien¹³.

iii. Acuerdo de Compra: La compra conjunta puede ser realizada por: i) una empresa controlada conjuntamente; ii) una empresa en la que muchas otras empresas tengan participaciones minoritarias, iii) mediante un arreglo contractual; o incluso iv) mediante formas menos rígidas de cooperación, denominadas colectivamente, “arreglos de compra conjunta”¹⁴.

iv. Acuerdos de comercialización: Estos acuerdos implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos¹⁵.

Los acuerdos de comercialización sólo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, se considera que no existe poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 20%¹⁶.

Cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores, compensando los efectos restrictivos de la competencia.

v. Acuerdos de estandarización: *“El objetivo primordial de estos acuerdos es definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos o procedimientos y métodos de producción actuales y futuros. Los acuerdos de estandarización pueden abarcar distintos ámbitos, como la estandarización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos o sistemas”*¹⁷.

12. Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 2001/C 11/01, para. 111.

13. *Ibíd.*, para. 150.

14. *Ibíd.*, para. 194.

15. *Ibíd.*, para 225.

16. Es de advertir que en la página 16 de la Resolución No. 4815 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinó que dicha cuota de mercado conjunta correspondía al 15%.

17. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4851 de 2013, pág. 17. Tomado de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, numeral 257.

d. Otros acuerdos entre competidores que la legislación colombiana considera legales

La legislación colombiana considera que no son contrarios a la libre competencia los acuerdos entre competidores que: i) tengan por objeto la cooperación en investigación y desarrollo de nueva tecnología; ii) versen sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado; y iii) se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

En efecto, 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.
2. 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.
3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.”

Los acuerdos que tienen por objeto la cooperación en investigación y desarrollo de nueva tecnología permiten a sus participantes combinar bienes complementarios, tecnología o *know-how* con el fin de desarrollar más rápida y eficientemente nuevos o mejores bienes, servicios o procesos de producción. Como estos acuerdos, por regla general, producen eficiencias para el mercado o a lo mucho tienen un efecto neutro sobre el mismo, las normas colombianas no los consideran restrictivos de la competencia y, por consiguiente, no serán reprimidos ni sancionados por la Autoridad de Competencia.

Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio no investigará aquellos acuerdos de colaboración entre competidores cuyo principal objetivo sea la adopción de normas o estándares técnicos no obligatorios, con el fin de generar una mayor eficiencia, un mayor ahorro de costos y mayores beneficios para los consumidores.

Finalmente, la legislación de competencia considera que los acuerdos que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes, no son restrictivos de la competencia. Para interpretar lo anterior, es necesario recordar lo establecido por esta Entidad frente al concepto y alcance de los términos “facilidades esenciales” y “facilidades comunes”.

En la página 39 de la Resolución No. 56488 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló frente al concepto de facilidades esenciales lo siguiente:

“La determinación de si una facilidad es esencial o no es un examen que debe realizarse atendiendo a los hechos de cada caso. Adicionalmente, el concepto de facilidad esencial puede comprender cualquier tipo de producto o servicio, así como cualquier tipo de activo, tanto tangible como

intangibles. Así, no existe ninguna limitación preestablecida en relación con la naturaleza de los activos, productos o servicios que eventualmente pueden ser considerados facilidades esenciales. La práctica de las autoridades de competencia en el mundo evidencia que las facilidades esenciales pueden comprender servicios, bienes y activos de variada naturaleza, tales como instalaciones de transporte, redes de servicios públicos, servicios, contratos de roaming, infraestructura deportiva, redes de transmisión de energía, etc.

Ahora bien, una facilidad será esencial cuando es objetivamente necesaria o indispensable para competir en el mercado relevante. En este sentido, la facilidad será esencial cuando sin el acceso a la misma, los competidores estarían sujetos a una grave, permanente e irremediable ventaja competitiva.

Para estos efectos, la autoridad de la competencia tiene que determinar si existen sustitutos actuales o potenciales a los cuales podría recurrir el competidor en el evento en que se le deniegue el acceso a la facilidad. Así, una facilidad no será esencial cuando los beneficios que se obtienen del acceso a la facilidad se pueden obtener de otra fuente.

Adicionalmente, una facilidad solamente será esencial cuando no es razonable para el competidor duplicarla en un futuro cercano. Las razones por las que una facilidad puede no ser razonablemente duplicada son de variada índole. Por ejemplo, pueden ser razones de tipo legal (e.g. se requiere de licencias o de un contrato de concesión o existe una patente sobre la facilidad en cuestión) o económico (e.g. un nuevo puerto requiere de economías de escala y elevados costos hundidos).”

Por otra parte, en las páginas 66 y 67 de la Resolución No. 23890 de 2011, y al referirse a la excepción establecida en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia señaló que el concepto de “facilidades comunes” no es equivalente al de “facilidades esenciales”, así:

“Por último, de acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluir principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, concepto que no puede ser confundido con el de facilidad esencial al que ya se ha referido este Despacho en el presente acto administrativo, descartando su aplicación en el caso bajo estudio.

En efecto, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “común” hace referencia a una cosa “Que no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios” (Subrayado). De esta manera, se deduce que aquellas

facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.

La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes.”

En la Resolución mencionada, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló que mientras en el caso de las facilidades esenciales existe un derecho económico que es de propiedad exclusiva de un competidor y que es esencial para que los demás puedan competir, la facilidad común no implica la existencia de un derecho exclusivo de un agente del mercado sobre una facilidad, sino la presencia de un producto o servicio del cual varios agentes en el mercado pueden hacer uso sin que exista exclusividad en el derecho de propiedad en cabeza de alguno de ellos.

No obstante la diferencia establecida por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución citada, esta Entidad considera que la excepción establecida en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, puede predicarse tanto de facilidades comunes como de facilidades esenciales. Esto debido a que tanto los acuerdos para el uso de facilidades comunes como los acuerdos para el uso de facilidades esenciales, tienen la potencialidad de generar eficiencias y beneficios para los consumidores, que es lo que en últimas justifica la excepción establecida en la norma.

Teniendo en cuenta lo anterior, los acuerdos que versen sobre procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes o esenciales, no serán considerados anticompetitivos.

En relación con el análisis de legalidad que realiza la Superintendencia en el marco de los acuerdos de colaboración que cumplen con el supuesto de hecho contenido en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, es preciso aclarar que tales excepciones únicamente se predicán sobre los acuerdos de colaboración que tengan como objeto exclusivo los dispuestos en el artículo mencionado.

En consecuencia, al momento de verificar los tres tipos de conductas mencionadas en el artículo 49 y de reconocer su legalidad frente al régimen de protección de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá analizar el acuerdo de colaboración en su conjunto con el fin de determinar si el objeto de tal acuerdo se limita a alguno de los indicados en la excepción o se amplía para incluir otro tipo de compromisos. En este último escenario, corresponderá a esta Superintendencia evaluar la colaboración de manera global para determinar si su efecto es neutro en el mercado o si, a pesar de producir efectos anticompetitivos, las eficiencias que emanan del acuerdo son suficientes para compensar al consumidor su pérdida de bienestar.

III. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE UN ACUERDO DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES Y UNA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL?

Es común que aquellos casos en los cuales una transacción no deriva en una integración empresarial, la operación constituya un acuerdo de colaboración entre competidores que, en razón de ello, no debe ser informado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en la medida en que no produce un cambio duradero en la estructura del mercado ni tampoco implica una adquisición de control.

Teniendo en cuenta que no siempre es fácil diferenciar entre un simple acuerdo de colaboración empresarial (que no debe ser notificado o informado ex ante) y una integración empresarial (que sí debe ser notificada o informada), esta Superintendencia ha desarrollado unos criterios para determinar en qué casos una operación cae dentro de una u otra figura.

En criterio de esta Superintendencia, un acuerdo entre empresas constituye integración empresarial en los casos en que cumple los siguientes requisitos¹⁸:

a. La operación es diseñada como permanente y resulta en la eliminación de un competidor del mercado, o en una potencial reducción sustancial de la competencia frente al mismo:

Para que un acuerdo entre competidores sea considerado una integración, el mismo debe tener vocación de permanencia y debe eliminar a un competidor—o reducir potencialmente la competencia de forma sustancial frente al mismo—, de forma definitiva o al menos por un periodo de tiempo sustancial.

La operación no puede consistir simplemente en la unificación de una función concreta de las empresas participantes, sino que debería implicar la unificación de una línea de negocios o de un mercado. Esto implica que las partes no deberían solo unir ciertas actividades específicas de aquellas que desarrollan en el día a día para funcionar en un mercado relevante (como por ejemplo comprar insumos, distribuir productos, etc.). Por el contrario, las entidades deberían unificar alguna línea de negocio o crear una entidad que por sí misma constituya un negocio, tenga presencia independiente en el mercado relevante, y está diseñada para ofrecer productos o servicios a cualquier persona que los demande, al menos de forma sustancial. En otras palabras, la transacción no debería ser un acuerdo entre competidores solo para comprar insumos de forma colectiva o distribuirlos conjuntamente, ya que esto muy probablemente constituiría un simple acuerdo, mas no una integración.

¹⁸. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 42296 de 2013, pág. 8.

b. El negocio que resulta de la operación debe tener plenas funciones en el mercado:

El resultado de la transacción (sea esta la unión de dos negocios independientes en uno, la creación de una empresa separada, etc.), debe ser una empresa que cuente con recursos suficientes (en términos de capital humano, financiero, administrativo, etc.), para desarrollarse en el mercado de manera autónoma -así sea potencialmente-, y como un negocio separado de aquellos operados por las compañías aliadas.

La determinación de si una transacción constituye o no una integración empresarial es relevante para establecer cuál es el régimen jurídico aplicable a la misma. Si se determina que la operación es una integración empresarial, a dicha transacción le será aplicable el régimen del artículo 4 de la Ley 155 de 1959¹⁹, el cual obliga a las empresas a informar o notificar ex ante su operación de integración a la Superintendencia de Industria y Comercio. Si se determina que el régimen aplicable a la operación no es una integración sino un simple acuerdo de colaboración, el régimen aplicable será ex post, es decir, el que prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia tales como acuerdos restrictivos, actos o abusos de posición dominante. Lo anterior, toda vez que la cooperación entre competidores puede facilitar la colusión, o un incremento en el poder de mercado de las empresas, que puede traducirse en un aumento de precios y causar efectos negativos sobre la producción, la innovación o la variedad y calidad de productos.

Así, el hecho de que determinada transacción no sea una integración empresarial no implica que la misma quede por fuera de la órbita del derecho de la competencia. En efecto, si la transacción es utilizada para realizar una conducta anticompetitiva o de cualquier forma restringir la competencia, deberá ser investigada y sancionada por esta Superintendencia. En este último evento, la Superintendencia de Industria y Comercio verificará si la transacción cumple con los cinco criterios para determinar si un acuerdo de colaboración entre competidores es o no anticompetitivo reseñados anteriormente. Si los cumple, el acuerdo no sería sancionado.

Acuerdo de Colaboración Axxa, Roma, Sea Competitivo, Resolución 4851 de 2013

El 8 de octubre de 2012 DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ROMA S.A., DISTRIBUCIONES AXA S.A., EVE DISTRIBUCIONES S.A.S. REPESANDER LTDA. y COMERCIALIZADORA MULTIDROGAS DE COLOMBIA S.A.S., (dedicadas al negocio de droguerías), informaron a esta Entidad la realización de una operación de integración consistente en una alianza estratégica, que se llevaría a cabo mediante *“la creación y ejecución de un modelo de (...) central de compras, Promociones y Servicios (...) entre las sociedades DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ROMA S.A., DISTRIBUCIONES AXA S.A., EVE DISTRIBUCIONES S.A.S. REPESANDER LTDA. y COMERCIALIZADORA MULTIDROGAS DE COLOMBIA S.A.S.”*

¹⁹. Modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

De acuerdo con la información aportada por las intervinientes, la operación consiste esencialmente en un acuerdo de compras conjuntas entre compañías que no superan conjuntamente el 10% del mercado relevante.

La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la operación no era una integración empresarial sino un acuerdo de colaboración entre competidores en la medida en que no cumplía los criterios señalados por esta Superintendencia para que una operación tenga el carácter de integración. De un lado, a pesar de que las empresas realizarán compras conjuntas de medicamentos, seguirán compitiendo en el mercado de distribución y comercialización de los mismos. Así, las intervinientes conservarían un alto grado de independencia en el mercado relevante, ocasionando que el acuerdo no produzca un cambio permanente en la estructura en el mercado, y adicionalmente no eliminarán la competencia en el negocio específico de venta y distribución de medicamentos. Por otra parte, las intervinientes solo estaban uniendo una actividad del negocio (la compra de medicamentos) y no todo el negocio en sí mismo (que es la venta y distribución de medicamentos). Finalmente, esta Superintendencia consideró que la operación no tenía como resultado directo la creación de una nueva entidad con plenas funciones, que constituya un negocio propio o un mercado en sí mismo, con la potencialidad de realizar transacciones no solo con las intervinientes sino también con terceros y con suficientes recursos para ejecutar dicha actividad. Así, la operación no crea una nueva entidad con plenas funciones, activos humanos y operacionales para participar de forma independiente en un mercado.

Por otra parte, la operación tenía las características de un acuerdo de colaboración no restrictivo de la competencia, en la medida en que permitía a las intervinientes comprar a mejor precio los insumos para competir con empresas de mayor escala, y se adaptaba, hasta donde fue descrito, a los criterios establecidos en esta *Cartilla* para que un acuerdo de colaboración no se considere anticompetitivo.



Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

