

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

La presente publicación constituye un documento informativo, que tiene como objetivo principal difundir las normas que constituyen el régimen de protección de la competencia en Colombia, así como las implicaciones de estas normas en las actuaciones que las empresas despliegan en el mercado nacional, en tratándose de escenarios en los que aquellas realicen acuerdos de cooperación horizontal, esto es, entre competidores. De igual forma esta guía busca ofrecer lineamientos, recomendaciones e indicaciones que permitan a los agentes del mercado adecuar su actuar a la normatividad vigente, teniendo en cuenta que lo dicho aquí no es vinculante para la autoridad de competencia en lo que a sus decisiones futuras se refiere y tampoco se opone a que en las investigaciones que adelante realice un análisis concreto de cada caso.

1. INTRODUCCIÓN

2. La Constitución Política de Colombia, consagra expresamente el derecho de libertad de asociación en su artículo 38¹, de manera tal que eleva a rango constitucional la garantía del mismo, no sólo para las personas naturales, sino también para las jurídicas, quienes podrán constituir asociaciones civiles o comerciales, con o sin ánimo de lucro. La libertad de asociación consiste en la facultad de unirse y formar grupos, asociaciones u organizaciones con objetivos lícitos, encaminadas a la consecución de fines comunes y de manera general a velar por los intereses de los asociados, sean estos personas naturales o jurídicas.

3. En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2002 señaló 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

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

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” (subrayado fuera del texto).

4. Es así como, los diferentes agentes de los mercados nacionales pueden emprender proyectos empresariales según sus necesidades e iniciativas, respetando las limitantes constitucional y legalmente establecidas para su ejercicio, las cuales incluso pueden variar en lo específico, dependiendo del sector o ramo económico dentro del cual se van a desarrollar o de la naturaleza de las actividades mismas. Así mismo, y de acuerdo con la interpretación del tribunal constitucional que enmarca esa acepción del derecho de libre asociación como desarrollo del derecho de libertad de empresa², las actividades que realicen los diferentes agentes participantes en los mercados nacionales cuando aquellas comprendan la consecución de fines comerciales, o que sean lucrativas, o en general que se refieran a proyectos económicos conjuntos o con ánimo societario tendrán el referido carácter. Siendo esto así, cuando diferentes agentes de los mercados nacionales, bien sean personas naturales (cuando aquellas puedan ser catalogadas como agentes, como por ejemplo en los eventos de la prestación de servicios profesionales) o jurídicas, indistintamente de la naturaleza que adopten, realicen actuaciones encaminadas al ejercicio del derecho de asociación o determinen su actuar en acuerdos

² Constitución Política de Colombia, Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

de colaboración entre aquellos, en principio siendo indistinto el eslabón de la cadena productiva en el que se encuentren, estarán desarrollando ese derecho.³

5. Así las cosas, los agentes pueden concretar sus derechos, mediante la creación de personas jurídicas diferentes de quienes las conformen.⁴ De igual manera, pueden realizar otra clase de negocios jurídicos con los cuales pretendan colaborar recíprocamente en la concreción o persecución de finalidades económicas o comerciales comunes. En uno u otro caso, dichas actuaciones podrán catalogarse como negocios jurídicos de colaboración.

6. En desarrollo de lo antedicho, y siguiendo la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, el ejercicio que una persona realice de sus derechos no ha de ser abusivo ni arbitrario, bajo el entendido que este tipo de derechos económicos y colectivos no son absolutos. Es así como, se han establecido límites en el ejercicio del derecho de libertad de empresa, los cuales deberán ser desarrollados por el legislador, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad definidos por la jurisprudencia constitucional, como consecuencia del reconocimiento del equilibrio que debe existir entre el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Carta y de la realización de los fines constitucionales.

7. En consecuencia, la normatividad que consagra el régimen de protección de la competencia en Colombia, se erige como uno de los límites a los derechos, de manera tal que las personas en su ejercicio, y de manera general en sus actuaciones, deberán atender a lo allí dispuesto.

³ Resulta pertinente referirse al artículo 25. Del Código de Comercio, el cual contiene la definición legal de empresa, señalando que: "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio."

⁴ Cuando las personas jurídicas que pretendan crear los agentes del mercado sean catalogadas como asociaciones o agremiaciones, deberá observarse lo señalado en la GUÍA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA FRENTE A LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS Y ASOCIACIONES O COLEGIOS DE PROFESIONALES, expedida por esta Entidad.

8. RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

9. En lo que se refiere a las llamadas prácticas restrictivas de la competencia, esto es; acuerdos anticompetitivos o carteles, actos anticompetitivos, situaciones de abuso de posición dominante y control de integraciones empresariales, son reguladas en conjunto por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, que declara a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad única en materia de protección de la competencia.

10. Así mismo, existen normas particulares sobre la materia para algunos sectores o actividades que prevalecerán exclusivamente en el tema específico y que por tanto tendrán que ser tenidas en cuenta por ésta Superintendencia para el correcto desarrollo de sus funciones.⁵

11. Por su parte, el régimen de competencia desleal se encuentra definido por la Ley 256 de 1996 y es a su vez conocido por la Autoridad de Competencia en lo que se refiere a competencia desleal administrativa. Pero, en lo que respecta a conflictos entre particulares, estos deberán ser resueltos por la vía jurisdiccional, teniendo en cuenta que, en cabeza de la entidad se encuentran atribuidas funciones de esa naturaleza, sin perjuicio de la competencia que ostentan los jueces de la república⁶. En materia administrativa, conforme con la sentencia de la C-649 de 2001 de la Corte Constitucional, se adelantaron los tramites de competencia desleal, mediante el mismo procedimiento que los procesos administrativos de promoción de la competencia (hoy protección de la competencia) y prácticas comerciales restrictivas, cuando aquellos afecten los intereses generales del mercado.

12. Por último, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 2⁷ de la Ley 1340 de

⁵ Así lo determina el artículo 4 de la ley 1340 de 2009.

⁶ Las funciones jurisdiccionales a que se hace referencia fueron atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por la Ley 446 de 1998.

⁷ Ley 1340 de 2009, artículo 2: "Adicionase el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:

"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

2009, las normas de protección de la competencia serán aplicables a todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, en cualquier sector económico. De la misma manera, siempre y cuando se logre acreditar un interés directo e individual dentro de las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, cualquier persona natural o jurídica podrá presentar una solicitud para constituirse en parte dentro de las mismas, como terceros interesados.⁸

13. ¿POR QUÉ PROTEGER LA COMPETENCIA?

14. En primera medida, podemos encontrar que la protección de la competencia supone la protección de un derecho colectivo consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la libre competencia es un derecho de toda la población. Así mismo, señala que el Estado deberá velar por este derecho e impedir cualquier abuso de agentes que tengan una posición de dominio en el mercado nacional, de acuerdo con los mandatos legales.⁹

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".

⁸ Ley 1340 de 2009, Artículo 19: "Intervención de Terceros. Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.

Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados (...)"

⁹ Uno de los mecanismos de intervención estatal en la economía es la supervisión, vigilancia y control ejercida sobre los agentes participantes en los mercados, realizada por las autoridades administrativas, siendo una de ellas la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que, por mandato del artículo 6 de la

15. De igual forma, desde el punto de vista económico, la existencia de libre competencia es uno de los rasgos característicos, en un sistema económico como el nuestro que supone:

- a) Uso óptimo de recursos escasos
- b) Estructuras empresariales más eficientes
- c) Incentivos para la creación de desarrollos tecnológicos
- d) Mejor calidad en bienes y servicios
- e) Mejoramiento de la competitividad de la economía en su conjunto
- f) Bienestar para el consumidor
- g) Visto de esta manera, la existencia de libre competencia en un mercado conlleva a la obtención de beneficios para los agentes que en él participen y para los consumidores. En conclusión, la competencia beneficia a todos los agentes del mercado, empresas, proveedores, consumidores y al Estado.

16. Visto de esta manera, la existencia de libre competencia en un mercado conlleva a la obtención de beneficios para los agentes que en él participen y para los consumidores. En conclusión, la competencia beneficia a todos los agentes del mercado, empresas, proveedores, consumidores y al Estado.

17. LOS ACUERDOS DE COLABORACION ENTRE COMPETIDORES

18. Al hablar de acuerdos de colaboración entre competidores¹⁰, se hace referencia a aquellos que realicen agentes que, se encuentren en el mismo eslabón de la cadena productiva y que efectivamente se encuentren compitiendo dentro del mismo mercado¹¹, teniendo

Ley 1340 de 2009, es la Autoridad Única de competencia en Colombia.

¹⁰ Siguiendo con lo señalado por el artículo 260 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, y los artículos 27 y 28 de esa misma norma, las sociedades que sea catalogadas como subordinadas o filiales, y en todo caso en situaciones de grupo empresarial, no se entenderán competidoras de las matrices o controlantes para efectos del análisis de efectiva competencia en el mercado.

¹¹ Respecto de la efectiva competencia entre los agentes realizadores de los acuerdos de colaboración, la Comisión Europea, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal de 2011 señaló: " (...) Una cooperación tiene naturaleza horizontal cuando

incentivos para competir entre sí para lograr la maximización de sus intereses, con lo que, según la teoría económica, generarían los beneficios que consigo trae la competencia para el mercado. Todo lo anterior sin que por virtud del acuerdo se deba hablar de algún tipo de integración empresarial.

19. Ahora bien, de manera general, es dable afirmar que 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. Es así como, el artículo 1 de la ley 155 de 1959 contiene una prohibición general para cualquier acuerdo, convenio, procedimiento, práctica o sistema que limiten en términos generales la libertad económica y la libre competencia en los mercados.

20. En términos similares el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 enlista una serie de acuerdos entre competidores que se presumirán legalmente como anticompetitivos, lo que no es óbice para que existan otro tipo de conductas no enlistadas que generen efectos, y por ende afecten a los competidores, a los consumidores y en general al mercado mismo, puesto que su carácter no es taxativo. Dicha presunción de no es impedimento para que esas conductas puedan encontrarse cobijadas por las excepciones que el mismo cuerpo normativo señala en su artículo 49, para determinados acuerdos anticompetitivos, aún cuando sea evidente la dificultad inherente que representaría la demostración del encuadramiento en los supuestos que trae la Ley.¹²

21. Por su parte, el artículo 3 de Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 1 del artículo

se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales. Sin embargo más adelante señala que los acuerdos de cooperación horizontal entre empresas que se encuentren en el mismo eslabón de la cadena productiva pero en mercados geográficos diferentes sin ser competidores potenciales, también deberán ser analizados por las autoridades, en tanto que, podrían llegar a revestir peligros para la libre competencia.

¹² Teniendo en cuenta que, el esquema adoptado en la legislación colombiana guarda estrecha similitud con el sistema europeo de protección de la competencia, no existen conductas que puedan ser catalogadas como per se anticompetitivas, de manera tal que incluso aquellas que serían desde el punto de vista objetivo restrictivas de la competencia podrían justificarse, mediante la demostración de eficiencias

2 del Decreto 2153 de 1992,¹³ señala como propósitos de las actuaciones administrativas que como autoridad única de protección de la competencia realice esta entidad:

“(...) para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.”

22. De esta manera, la autoridad de competencia tendrá que atender a los propósitos legalmente consagrados, ciñendo su actuar en la procura de la consecución de los mismos. Siendo así, pueden presentarse casos en los que la actuación de la entidad deba analizar los efectos que las conductas bajo examen generen en el mercado, y de esa manera, determinar su obrar, pudiendo así llegar a configurarse los propósitos de la actuación administrativa como causales de excepción de la necesidad de aplicación de sanciones.

23. Ahora bien, la normatividad vigente contiene excepciones específicas para la aplicación de las normas de protección de la competencia, y son las establecidas en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, que señala:

“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 investigación 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.*

¹³ El numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 señalaba como finalidades de la actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de sus funciones como autoridad de competencia; mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, libre escogencia de los consumidores y libre acceso de estos al mercado de bienes y servicios, variedad de precios y de calidades de bienes y servicios, y libre participación de las empresas en los mercados.

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

24. Así las cosas, existen ciertas circunstancias dentro de las cuales ciertos acuerdos horizontales se verían justificados y exceptuados de prohibición normativa, y es en este punto específico donde debe iniciar el análisis de los acuerdos de colaboración entre competidores. Por lo tanto, esta Entidad debe velar por la libre competencia en los mercados y se ve determinada por los propósitos o finalidades de determinadas por la Ley, teniendo que armonizar y sopesar dichos factores, y observar las circunstancias concretas de cada caso.

25. Ahora bien, a quien le corresponderá probar las causales de excepción o los argumentos referentes a los efectos pro-competitivos del acuerdo realizado será a los particulares, frente a la actuación de la autoridad administrativa, por cuanto, existe, como se ha venido diciendo, una presunción legal que podrá desvirtuarse.

26. De acuerdo con lo anterior, existen acuerdos anticompetitivos que serán objeto de reproche y adolecerán de objeto ilícito. Y existen otro tipo de acuerdos entre competidores frente a los cuales la autoridad de competencia deberá realizar un análisis más detenido. Frente a esto, y siendo las conductas proscritas en la Ley objeto de sanción tanto por objeto, como por efecto, diferirán los factores a ser tenidos en cuenta para concluir sobre su legalidad.

27. Cuando el análisis recae sobre acuerdos sancionables por objeto, es decir aquellos actos que por su naturaleza son actual o potencialmente restrictivos, deberá centrarse en determinar cuál es la finalidad objetiva del acuerdo, así como el contexto jurídico y económico en el que se realiza y la intencionalidad de los agentes, sin que sean estos los únicos factores que sean aceptados por la autoridad.¹⁴

28. Pero cuando las conductas objeto de estudio sean aquellas que traen consigo efectos anticompetitivos, y por tanto que demandan un examen de estos en el mercado relevante, de

manera tal que si que aquel no denota restricciones actuales o potenciales significativas en alguna o algunas de las variables de competencia tales como “el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación”¹⁵, y/o reducción de la independencia de los agentes en el mercado, y/o no hayan sido utilizadas para adquirir un poder de mercado conjunto o mantenerlo, podrán proseguir a un análisis posterior pero conjunto sobre la generación de eficiencias para los participantes del acuerdo, para el mercado y beneficios para los consumidores.

29. Siendo esto así, el objeto principal de este tipo de actuaciones de los agentes, será incrementar sus ventajas competitivas en determinada actividad económica, tal como investigación y desarrollo, producción, mercadeo, distribución, ventas, compras o intercambio de información, viendo la necesidad de colaborar entre sí para competir en mercados modernos, para alcanzar metas como la expansión a mercados extranjeros, financiamiento de proyectos de innovación y disminución de costos de producción, entre otros.

30. En conclusión, las conductas proscritas por objeto como aquellas que atienden a los efectos que generaran o generarían en el mercado, deben ser abordadas en cada caso particular, atendiendo en primera medida a las condiciones particulares del mercado relevante, y las de los acuerdos celebrados, ya sean objetivas o concretas.

31. Los principales, más no los únicos motivos que pueden tener los participantes en dichos acuerdos son:

- Obtención de economías de escala y de alcance.
- Aprovechamiento de las asimetrías entre empresas para disminuir el coste unitario.
- Compartir los riesgos de determinadas actividades.
- Favorecer las inversiones tecnológicas ante cambios rápidos y frecuentes.

¹⁴ Trato igual es señalado por la Comisión Europea, en sus Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal de 2011. Pág. 7.

¹⁵ Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal de 2011. Pág. 8.

- Compartir el “know-how” para lograr sinergias positivas.
- Acceso a mercados nacionales e internacionales.
- Búsqueda de apoyos financieros.
- Cooperación con competidores para reducir la competencia y facilitar la supervivencia de las empresas.

DIFERENCIACION ENTRE INTEGRACIONES EMPRESARIALES Y ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

De manera general, el régimen de protección de la competencia contiene una regulación específica en lo referente a las operaciones de integraciones empresariales, para lo cual se deberá atender a criterios como la permanencia o duración de los negocios jurídicos a celebrar, el grado de independencia que mantengan las empresas, o el grado de integración que represente la operación celebrada o a celebrar, entre otros.

Es así como, los acuerdos de colaboración entre competidores, difieren de las operaciones de integración empresarial entre otros porque: i) las integraciones terminan de manera definitiva o al menos en un largo plazo la competencia entre los agentes involucrados en el mercado relevante, no así las operaciones de colaboración que se realizan por periodos de duración determinados y en las cuales se mantiene al menos alguna forma de competencia entre los agentes, bien se actual o potencial.

Todo lo anterior, evidencia como se hace necesario dar un trato diferente a la evaluación que sobre los efectos que la operación trae consigo desde el punto de vista de la reducción de la competencia entre los agentes involucrados, en tratándose de integraciones empresariales o de acuerdos de cooperación horizontal.

Sin embargo, en ciertos casos los acuerdos de colaboración entre competidores pueden ser utilizados para ocultar una operación de integración empresarial, o tener los mismos efectos en el mercado que un negocio jurídico de esta naturaleza como tal, de manera tal que dichas actuaciones pueden caer en las prohibiciones y obligaciones que impone el régimen de integraciones empresariales, tema que ha sido tratado en las directrices y guías que ha publicado esta Entidad.

32. TEST PARA LA APLICABILIDAD DE ESTA GUÍA

33. Teniendo en cuenta que uno de los supuestos de la libre competencia es el actuar independiente de cada agente en el mercado, sin importar el lugar que ocupen en la cadena de valor de un bien o servicio, existen algunas actuaciones o proyectos que basándose en supuestos de eficiencia pueden ser procompetitivos y/o pueden generar un impacto favorable en la competitividad en general y/o reportar beneficios para los consumidores.

34. De esta manera, para que cualquier figura de colaboración entre competidores pueda entenderse autorizada por las normas de libre competencia o pueda justificarse ante la labor de la autoridad administrativa, es necesario responder al siguiente cuestionario, bajo el entendido de que en el evento en que las respuestas sean negativas, el análisis siguiente será el atinente a lo expuesto en este documento.

- 1) ¿En el evento en que se llevara a cabo el acuerdo de colaboración planteado, la empresa dejaría de competir con alguno de los participantes del mercado, bien sea que se encuentre en el mismo lugar en el proceso productivo (competidor directo o potencial) o en uno diferente?
- 2) ¿La empresa tendría una participación significativa en el mercado en el que desarrolla su objeto social o en algún mercado complementario?
- 3) ¿Los participantes del acuerdo, como consecuencia de la puesta en marcha del mismo tendrían conjuntamente una participación significativa en el mercado en el que desarrolla su objeto social o en algún mercado complementario?
- 4) ¿El acuerdo de colaboración entre competidores tendría o tiene como consecuencia que los participantes actúen como un único agente?
- 5) ¿Del acuerdo de colaboración se va a desprender la creación de un agente en el mercado que actúe por quienes participan del acuerdo?
- 6) ¿El acuerdo va a generar o requerir intercambios de información entre competidores referida a precios, estructura de costos, cantidades,

estrategias o políticas comerciales futuras, listados de clientes, entre otros que se puedan catalogar como “sensibles” para su empresa?

- 7) ¿Se podría concluir de manera razonable algún beneficio directo para los consumidores?

35. PRINCIPALES ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

36. La colaboración entre competidores, como se ido señalando , puede generar beneficios pro-competitivos, por ejemplo, los consumidores pueden llegar a beneficiarse al hacer posible que los participantes en la colaboración ofrezcan bienes y servicios más baratos a los consumidores o que estos estén disponibles en el mercado más rápido de lo que estarían sin la colaboración.

37. Por su parte, los tipos de colaboración se analizan caso por caso para determinar si verdaderamente no tienen efectos anti-competitivos, este análisis se concentra básicamente en comparar el estado de la competencia con o sin dichos acuerdos, y en establecer si estos incrementan el incentivo para que, lucrativamente, se incrementen precios, se reduzca la producción, la calidad, el servicio o la innovación, por debajo de los niveles en los que prevalecerían en ausencia de los acuerdos. En otras palabras, la autoridad de competencia debe examinar si los acuerdos de colaboración entre competidores son necesarios para lograr beneficios pro-competitivos que desplazarían los perjuicios anti-competitivos.

38. Ahora bien, de la dinámica vertiginosa del comercio y de las necesidades cambiantes y propias de los distintos mercados y de los diversos agentes, es difícil establecer un catalogo determinado de acuerdos de colaboración. Sin embargo, se intentará realizar un breve estudio sobre aquellos de mayor utilización.

39. ACUERDOS DE COLABORACIÓN PARA PRODUCCIÓN

40. Consisten en acuerdos para producir conjuntamente un producto vendido a terceros o usado por los participantes como insumo. En la mayoría de los casos, tales acuerdos son pro-competitivos porque se combinan aspectos como tecnología y know-how, permitiendo producir más eficientemente o para producir un bien que ninguno de los participantes podría por si mismo. Sin embargo, estos acuerdos podrían

afectar variables de competencia, como los niveles de producción, el uso de bienes esenciales, o el precio del producto, socavando los incentivos de los participantes para competir libre e independientemente.

41. ACUERDOS DE COLABORACIÓN PARA MERCADEO

42. Consisten en acuerdos para la venta, distribución o promoción de bienes o servicios. Tales acuerdos pueden ser pro-competitivos, por ejemplo en casos en que la combinación de bienes complementarios permite que el producto llegue al mercado más rápida y eficientemente. Sin embargo, los acuerdos de mercadeo pueden afectar el precio, la producción, o el uso de redes de distribución, lo cual podría resultar en restricciones a la competencia. Por ejemplo, la promoción conjunta de un producto podría reducir o eliminar comparaciones publicitarias, lo cual limita la información accesible a los consumidores sobre precios y otras variables de competencia significativas.

43. ACUERDOS DE COLABORACIÓN PARA COMPRAS

44. Consisten en acuerdos para comprar conjuntamente insumos necesarios para los participantes, estos permiten centralizar las órdenes de compra, compartir sitios de almacenamiento o combinar funciones de distribución de una manera más eficiente. Sin embargo, estos acuerdos pueden incrementar el poder de mercado y facilitar posibles colusiones, por ejemplo al estandarizar los costos de los participantes o al permitir proyectar o monitorear sus volúmenes de producción mediante el conocimiento de las compras de insumos de la otra parte.

45. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

46. Este tipo de acuerdos se encuentran excluidos específicamente por el numeral 1 del artículo 49 del Decreto 2153. La mayoría de estos acuerdos son pro-competitivos, estos permiten a los 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. Sin embargo, pueden crear o incrementar poder de mercado al limitar la capacidad decisoria independiente o al controlar los esfuerzos individuales en investigación y desarrollo de uno de los participantes.

47. Lo anterior, podría resultar en perjuicios a los consumidores consistentes en la reducción del número de competidores independientes en el mercado de los productos, bienes, servicios o procesos de producción derivados de la colaboración en investigación y desarrollo. Por lo tanto, se debe analizar si el acuerdo incrementa el incentivo anti-competitivo de reducir los esfuerzos en investigación y desarrollo, por ejemplo, al reducir el ritmo con el que estos son buscados.

48. Estos acuerdos también comprenden el intercambio o la divulgación de información entre competidores, lo cual puede ser necesario para alcanzar beneficios pro-competitivos, por ejemplo, compartir cierta tecnología, know-how u otra propiedad intelectual, puede ser sustancial para lograr los efectos pro-competitivos de una colaboración en investigación y desarrollo. Sin embargo, se debe atender especialmente la naturaleza de la información compartida, siendo que por ejemplo, compartir información sobre las actuales o futuras estrategias de negocios individuales de una empresa es más probable que implique efectos anti-competitivos, que compartir información histórica que no permita identificar datos individuales.

49. ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

50. Si bien la mayor parte de los acuerdos de colaboración entre competidores requieren de cierto tipo de intercambios de información, existen otro tipo de acuerdos específicos de colaboración que versan específicamente sobre este tema particular, es decir que el núcleo esencial de la colaboración que se van a prestar las partes recae sobre los intercambios de información y que aquello no es simplemente parte de un acuerdo con objeto principal diferente. En uno u otro caso, los criterios que a continuación se señalan deberán ser tenidos en cuenta para determinar la amenaza o el daño que para la libre competencia pueden ocasionar estos.

51. Si la información se puede catalogar como verdaderamente pública, eas labor, en principio será benéfica para el mercado en tanto que “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.”¹⁶

52. Esa información disponible en el mercado puede beneficiar también a los potenciales competidores para poder proyectar su entrada y a los consumidores quienes contarían con mayor información para la toma de decisiones.

53. Sin embargo, esta figura puede, en ocasiones, ser utilizada para la realización de acuerdos anticompetitivos, o para velar por el cumplimiento de los mismos, propiciar la creación de mecanismos de coordinación en el sentido de uniformar sus conductas comerciales, estimular la colusión tácita o explícita entre competidores, lo que dependerá en gran medida de la naturaleza de la información que se comparta y la forma en como esto se haga. Por lo anterior, la autoridad de competencia debe estar alerta frente a los intercambios de información comercial entre empresas, que puedan resultar contrarios a la competencia, o aumentar los riesgos o incentivar la puesta en práctica de conductas anticompetitivas.

54. Siendo esto así, se puede catalogar como información sensible entre competidores, la que verse sobre precios, cantidades, calidades del bien producido, o estrategias de negocios futuras u otras variables competitivas. Lo anterior, no implica que puedan generarse efectos procompetitivos, aumentos de eficiencia o reducción de costos, que en general no necesariamente representarían infracciones al régimen de libre y leal competencia. De igual manera, la información intercambiada serviría para comparar las prácticas de una empresa frente a las “buenas prácticas” comerciales de los competidores.

55. Asimismo, si la información intercambiada en virtud del acuerdo es dada a conocer a los consumidores, se podrían

¹⁶ Traducción libre, Trade Associations OECD Policy Roundtables 2007, Pag 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.”

generar eficiencias desde el punto de vista de los costos de transacción de la demanda, y ayudarían a mejorar la capacidad de escogencia de estos en el mercado.

56. ¿Qué tipos de intercambio de información podrían tener efectos negativos para la libre y leal competencia?

Información sobre las políticas comerciales para su determinación de precios, listas de precios actuales o futuros, participaciones de mercado, estructura de costos, niveles de producción, políticas de descuentos, clientes, estrategias de mercadeo, entre otros, ponen en peligro la libre competencia en el mercado pues tales intercambios tienden a limitar la libre competencia.

Este tipo de información es considerada comercialmente sensible, por cuanto el conocimiento de la misma por parte de los participantes de un mercado, podría facilitar la posible realización de acuerdos de precios o conductas conscientemente paralelas entre competidores, así como incurrir en cualquier otra de las que se encuentran consagradas en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, y que irían en detrimento de la competencia y, en consecuencia, en perjuicio de los consumidores.

Cuando se intercambie este tipo de información sensible, se debe prestar especial atención las características de la misma puesto que si corresponde a datos históricos, en principio no tendría tanta potencialidad restrictiva o incentivaría la comisión de conductas anticompetitivas.

Por último, si la información intercambiada es verdaderamente pública, es poco probable que genere infracciones al régimen de protección de la competencia. La información puede ser catalogada como verdaderamente pública cuando es “aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente (en términos de costes de acceso). Para que la información sea verdaderamente pública, su obtención no debe ser mas costosa para los compradores y las empresas no participantes en el sistema de intercambio que para las empresas que si hacen parte del acuerdo.”¹⁷

¹⁷ Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de