

Bogotá D.C.,

10

Doctor
LAURA PULVERAIL
plorispulveril@hotmail.com

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-238245- -00002-0000	Fecha: 2015-12-03 11:51:46
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Asunto: Radicación: 15-238245- -00002-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Doctor:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad, se dará respuesta al siguiente interrogante:

"[...] quisiera conocer la posición de la SIC respecto de que varias compañías opten por crear sinergias para ahorrar costos de su operación."

2. LA COLABORACIÓN ENTRE EMPRESAS

La colaboración entre diferentes empresas se da muy a menudo en economías modernas, para lograr eficiencias que las compañías en cuestión no podrían lograr de manera individual, para que éstas sean más competitivas y para entregar mayores beneficios a los consumidores. Estos acuerdos podrían llegar a restringir la competencia, pero esta posibilidad se vuelve remota si los miembros del acuerdo no compiten entre sí.

Serán legales los acuerdos que resulten neutrales para el proceso competitivo o beneficiosos para el mismo. En otras palabras, todo acuerdo que no afecte el mercado, será permitido de conformidad con la legislación nacional. Así, personas naturales y jurídicas podrán combinar sus recursos o unir parte de sus operaciones para alcanzar determinadas metas comerciales. Comúnmente, reúnen esfuerzos para: (i) investigación y desarrollo, (ii) producción, (iii) compra, (iv) comercialización y (v) estandarización.

Veamos en qué consisten estos acuerdos:

a) Acuerdos de Investigación y Desarrollo: Este tipo de acuerdos pueden variar en su forma y en su ámbito de aplicación; entre otras, pueden prever la subcontratación de "[...] algunas actividades de Investigación y Desarrollo, la mejora en común de las tecnologías existentes o una cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos" [Resolución 4851 de 2013.]

b) Acuerdos de Producción: 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 bien. Estos acuerdos pueden variar en su forma y alcance.

c) Acuerdos de Compra Conjunta: Con estos arreglos, las empresas pueden crear un poder de negociación que puede llevar a obtener mejores precios o un incremento en la calidad de los productos. Estas compras comúnmente son realizadas por:

- i. Empresas controladas conjuntamente;
- ii. Empresas en que muchas otras empresas tengan participaciones minoritarias;
- iii. Mediante arreglos contractuales o incluso;
- iv. Mediante formas menos rígidas de cooperación, como arreglos de compra conjunta.

d) Acuerdos de comercialización: Estos acuerdos, de conformidad con la Resolución 4851 de 2013, implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos. Es inusual que estos acuerdos generen efectos anticompetitivos en el mercado.

e) 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” [Resolución 4851 de 2013. 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].

2.1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

En términos generales, las empresas se deben cuidar de no infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que dispone:

“ARTÍCULO 1. LEY 155 DE 1959- Quedan prohibidos los acuerdos o convenios 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 y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

“PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”

Esta Entidad ha entendido que la norma citada prohíbe:

- a) Los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros;
- b) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y;
- c) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Es importante, pues, que, con acuerdos de colaboración no se distorsione el juego de la libre competencia en el mercado, de manera tal que el acuerdo no llegue a tener por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios (i.e. que los competidores no acuerden aumentar el precio del producto, disminuir su oferta o establecer descuentos comunes, entre otros), la repartición geográfica de mercados (i.e. que los consumidores establezcan las regiones en las que cada uno participará), ni cualquier otro acuerdo que pueda llegar a limitar la competencia en el mercado.

El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 numera algunos de los acuerdos que podrían ser considerados como contrarios a la libre competencia. Dicha norma reza así:

"ARTICULO 47. DECRETO 2153. 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 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 su 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 tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización"

Los acuerdos de colaboración pueden tener efectos restrictivos de la competencia, tales

como, mayores precios, reducción en la producción, calidad, innovación o variedad del producto, reparto del mercado o exclusión de otros posibles compradores. De igual manera, podrían tener como objeto la creación de un cartel encubierto.

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

Esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo de colaboración entre competidores tiene menos probabilidades de generar restricciones indebidas en la competencia cuando en él concurren los siguientes elementos:

- a) Los competidores que son parte en el acuerdo reúnen menos del veinte por ciento (20%) del mercado relevante, de manera tal que las probabilidades de que el acuerdo llegue a restringir la libre competencia sean menores, por permitir que los competidores restantes establezcan una presión competitiva suficiente.
- b) El acuerdo produce mejoras en eficiencia, bien sea en la producción, adquisición, distribución o comercialización de los productos de que se trate.
- c) Las restricciones a la competencia que se llegaren a generar como resultado del acuerdo, deben ser indispensables para alcanzar los objetivos de mejoras en eficiencias que se pretenda lograr.
- d) Debe reservarse a los consumidores y a los clientes reales y/o potenciales una participación equitativa en el beneficio resultante, compensando, como mínimo, los efectos restrictivos del acuerdo, de manera tal que las eficiencias no sólo beneficien a las partes del acuerdo.
- e) El acuerdo no debe posibilitar a las empresas la eliminación de la competencia, respecto de una parte sustancial de los productos o servicios.

Ahora bien: no por el hecho de que una de las empresas involucradas tenga más de un determinado porcentaje de un mercado relevante, se considera que un acuerdo es restrictivo de la competencia. Para que esto sea así, es necesario que se afecte el proceso competitivo, es decir, que se limite la libre entrada y salida de empresas en un mercado, que se afecte a los consumidores o que se limite la eficiencia del mercado.

Adicionalmente, la legislación colombiana considera que no son contrarios a la libre competencia las conductas señaladas en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, que dispone:

"ARTICULO 49. DECRETO 2153. EXCEPCIONES.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo del presente Decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:.

- a. "Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.
- b. "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.

c. "Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes."

Con todo lo anterior, se puede concluir que es posible realizar actividades conjuntas para incrementar eficiencias en una determinada transacción. Con estos acuerdos, se puede crear un poder de negociación que puede dar lugar a unos precios más bajos o unos productos o servicios de mayor calidad para los consumidores.

Es necesario que con estos acuerdos no se limite la libre competencia para que sean considerados legales; existe la posibilidad de que con el poder de negociación se planteen problemas de competencia, por generar una alta concentración de poder. En efecto, las empresas que participen en un acuerdo de compra podrían afectar las condiciones de venta del producto en cuestión si su poder de negociación incrementa desmesuradamente: tendrían la posibilidad de influir sobre los precios, la calidad, la innovación o la variedad del producto. Esto se debe a que, como se mencionó más arriba, empresas que, en teoría, participen en mercados diferentes, pueden afectar de manera conjunta el mercado de una materia prima, o cualquier otro bien o servicio, cuando compran estos productos.

2.2. INTEGRACIONES EMPRESARIALES

Un acuerdo entre empresas se considerará como una integración empresarial cuando:

- a) La operación sea permanente;
- b) Se elimine a un competidor del mercado de manera sustantiva, o, al menos, por un periodo de tiempo sustancial;
- c) La operación implique la unificación de una línea de negocios o la creación de un negocio que tenga presencia independiente en el mercado relevante y que esté diseñado para ofrecer productos o servicios a cualquier persona que los demande, al menos de forma sustancial, y que no consista simplemente en la unificación de una función concreta de las empresas participantes, de aquellas que las empresas desarrollan en su día a día para funcionar en un mercado relevante (como, por ejemplo, comprar insumos) y;
- d) El negocio resultante de la operación tenga plenas funciones en el mercado, es decir, cuente con recursos suficientes para desarrollarse de manera autónoma y como un negocio separado de aquellos operados por las compañías aliadas.

Si el acuerdo no produce un cambio duradero en la estructura de un mercado ni implica una adquisición de control, no será considerado como una integración empresarial.

En caso que se determine que ha habido una integración empresarial, es importante que la misma sea notificada o informada a esta Superintendencia con anterioridad a su perfeccionamiento. Esto se debe a que, con el estudio previo de estas operaciones, se podrá prevenir que se restrinja la competencia. Al respecto, se señaló en la Resolución No. 22624 de 2003:

Al contestar favor indique el número de radicación consignado en el sticker

"Dado que se trata de un control estructural en el que pretenden verificarse las condiciones bajo las que opera un mercado específico y los efectos que podrían suscitarse como consecuencia de la operación, es menester que las empresas interesadas en adelantar el respectivo proceso lo reporten en forma previa a su realización. Bajo este contexto, el control de integraciones se estructura como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva, a través del cual la autoridad de competencia tiene la oportunidad de analizar las operaciones de integración que se pretenden llevar a cabo, a fin de anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado y que hagan imperiosa la necesidad de imponer condicionamientos a la operación, e incluso de objetarla. El sentido que inspira la verificación anticipada de este tipo de operaciones, está en la necesidad de preservar la competencia libre de "restricciones indebidas" [...]"

Las empresas, entonces, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de adquirir la posibilidad de influenciar, directa o indirectamente, la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa, cuando:

a) Se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor. De conformidad con la Resolución 10930 de 2015, se entiende por "cadena de valor" el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra, de manera tal que cada actividad agrega sucesivamente valor al producto, hasta que llega al consumidor final.

b) En conjunto, o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada:

i. Ingresos operacionales superiores a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV) o;

ii. Activos totales superiores a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV).

iii. Estos ingresos y activos, deben estar ubicados en el territorio nacional, y deben ser de las empresas intervinientes o de aquellas que, estando vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes, desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

Según el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, si los interesados cumplen con alguna de las condiciones señaladas en el punto (b) anterior, pero en conjunto cuentan con menos del veinte por ciento (20%) del mercado relevante afectado, se entenderá autorizada la operación. En este caso, se debe notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre esta operación.

Por otro lado, se deberá informar a esta entidad sobre aquellas operaciones en que intervengan agentes que, en conjunto, cuenten con más del veinte por ciento (20%) del

mercado relevante afectado.

Es importante señalar inequívocamente en el documento inicial presentado ante la Superintendencia de Industria y Comercio si se está solicitando una preevaluación de la operación proyectada o si se está notificando la operación.

No se deberá informar a esta Superintendencia las operaciones entre empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial, en los términos del artículo 261 del Código de Comercio.

3. CONCLUSIÓN

Para evitar que un acuerdo de colaboración lleve a una violación a las normas sobre libre competencia, es importante considerar en todo momento la Cartilla sobre la Aplicación de las normas de Competencia a los Acuerdos de Colaboración entre Competidores expedida por esta Superintendencia; ésta podrá ser encontrada en el siguiente enlace: [http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/cartilla_sobre_acuerdos_de_colaboracion_entre_competidores\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/cartilla_sobre_acuerdos_de_colaboracion_entre_competidores(1).pdf)

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Natalia Fernández
Revisó: William A. Burgos
Aprobó: William A. Burgos