



¿EXISTE EN COLOMBIA UNA EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA PARA LAS INVESTIGACIONES POR PRESUNTOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA?

FELIPE SERRANO PINILLA¹

RESUMEN

El régimen colombiano prohíbe los acuerdos horizontales y verticales que generen restricciones indebidas a la libre competencia. En particular, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contiene una lista de prácticas prohibidas, entre ellas los acuerdos que tienen por objeto o como efecto la fijación de precios y repartición de mercados. Tradicionalmente se ha entendido que cuando un acuerdo contiene dentro de sí un elemento de fijación de precios o repartición de mercados, el mismo tiene por objeto o como efecto fijar precios o repartir mercados, por lo que es ilegal. En este artí-

¹ El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho comercial de la misma Universidad, y magister en Derecho de la competencia y regulación de mercados de la Universidad de Nueva York (NYU). Ha trabajado como asociado en firmas de abogados, investigador del Consejo Privado de Competitividad y Asesor del Superintendente de Industria y Comercio. En la actualidad es candidato a Magister en Política Pública de la Universidad de Oxford.

culo expongo cómo la Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado que no todo acuerdo que contenga dentro de sí un pacto de precios o cualquier otra restricción a la competencia es de plano ilegal. Para la Autoridad, cuando los beneficios para el mercado y los consumidores superan los perjuicios que con la restricción a la competencia se producen o por lo menos igualan dichos perjuicios, no se podrá calificar el acuerdo como ilegal, es decir, como de aquellos que tiene por objeto o como efecto fijar precios o de cualquier forma restringir la competencia. Así mismo, el artículo expone el razonamiento jurídico que estaría detrás de la aplicación de una excepción de eficiencia en las investigaciones por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia, incluso a pesar de que dicha excepción no está contemplada de forma expresa en el régimen jurídico.

Palabras clave: Carteles; acuerdos restrictivos de la competencia; excepción de eficiencia; investigaciones administrativas; regla per se y regla de la razón.

IS THERE AN EFFICIENCY DEFENSE IN ANTITRUST ADMINISTRATIVE INVESTIGATIONS IN COLOMBIA?

ABSTRACT

Colombian antitrust regime forbids vertical and horizontal agreements that create undue restrictions of competition. Notably, article 47 of Decree 2153/1992 contains a list of banned conducts, such as agreements that have price fixing or market sharing as their object or effect. Traditionally, it has been considered that whenever an agreement contains any element connected to price fixing or market sharing, the arrangement itself has the mentio-

ned elements as its object or effect. In this article, I will describe how the Superintendencia de Industria y Comercio has considered that not every agreement containing a price arrangement or other restraints of competition is per se illegal. In the Entity's view, whenever the benefits in favor of the market or the consumers surpass the damages caused by the restriction of competition, the agreement may not be considered as illegal, that is, as those or at least match those damages who have price fixing or market sharing as their object or effect. Additionally, I will expose the legal reasoning supporting the application of an efficiency defense in an antitrust administrative investigation, even if it is not expressly established in the legal system.

Key words: *cartels; anticompetitive practices; efficiency defense; administrative investigations; per se rule and rule of reason.*

INTRODUCCIÓN

El régimen colombiano de libre competencia está compuesto, de un lado, por lo que podemos denominar *cláusulas generales de libre competencia*, o normas que prohíben de forma abierta las prácticas anticompetitivas.² Hacen parte de este grupo los artículos 1 de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992. De otro lado, el régimen tiene normas que prohíben de forma específica ciertos actos o acuerdos que, de plano, se consideran anticompetitivos. Los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 constituyen los ejemplos más comunes de este tipo de normas.

2 Por lo cual le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, interpretar el contenido de la prohibición.

En materia de acuerdos, se ha dicho tradicionalmente que una diferencia entre las cláusulas generales y las prohibiciones específicas radica en que mientras frente a las acusaciones que involucran la violación de una cláusula general el investigado puede argumentar que el acuerdo, *a pesar de haber existido*, no afecta la libre competencia en los mercados (una especie de regla de la razón norteamericana), frente a una acusación de violación de una norma específica la única defensa que tendría el investigado es demostrar que *el acuerdo o la conducta no existió*.³ En este último evento –se dice– no le es posible al defendido demostrar que el acuerdo es eficiente, que sus beneficios económicos superan cualquier eventual perjuicio para el mercado que con él se pueda derivar, o en general, que la conducta no es anticompetitiva a pesar de haber ocurrido.

El problema de esta interpretación es que ha llevado a afirmar que todo acuerdo vertical u horizontal que contenga, por ejemplo, un pacto de precios o una repartición geográfica de mercados, es de inmediato un acuerdo que *tiene por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios*, o que tiene *por objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o entre productores y distribuidores*, por lo cual sería de plano ilegal. En otras palabras, a que todo acuerdo entre competidores –o entre empresas que participen en una misma cadena de valor– que implique un entendimiento sobre precios o repartición geográfica de mercado deba ser condenado de plano por el régimen de competencia.

De acuerdo con esta posición, el que un productor fije el precio de reventa –mínimo o máximo– a sus distribuidores, constituye un *acuerdo que tiene por objeto o como efecto la fijación*

3 MIRANDA, Alfonso, Los Acuerdos Anticompetitivos de Repartición de Mercados, Revista Contexto, Num. 3, Octubre 2012, Universidad Externado de Colombia, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699>

directa o indirecta de precios. Lo mismo ocurriría con el productor que asigna zonas geográficas a sus distribuidores y les prohíbe incursionar en los mercados donde otros distribuidores de la misma red se encuentran participando. Dicho agente sería acusado y sancionado por haber llevado a cabo un acuerdo que tiene por objeto o como efecto una repartición de mercados. No podría argumentar que la conducta, *a pesar de haber existido*, no era idónea para generar perjuicios al mercado o los consumidores, o incluso que era eficiente para la economía y el bienestar del consumidor.

En este escrito sostendré que, de acuerdo con la doctrina actual de la SIC, no todo acuerdo que contenga un entendimiento sobre precios, repartición de mercados, o cualquiera otro de los tipos de acuerdo descritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, implica de inmediato que tenga *por objeto o como efecto* tal situación. En otras palabras, intentaré ilustrar cómo el que exista un entendimiento sobre precios o repartición de mercados —entre otros—, en el marco de un acuerdo entre competidores o personas que participan en la misma cadena de valor, no implica necesariamente una violación a las normas sobre competencia. Las partes investigadas todavía podrán demostrar que el acuerdo es eficiente *económicamente*, o simplemente que es neutro para el mercado, y que por consiguiente, a pesar de implicar un entendimiento sobre precios o repartición de mercados, *no tiene por objeto o como efecto* tal situación.

Para lograr lo anterior, utilizaré la doctrina reciente de la SIC en la que, en mi opinión, se acogió esta tesis. A efectos de facilitar la explicación de la posición que aquí presento, utilizaré únicamente los acuerdos de precios y repartición de mercados para ejemplificar las situaciones que frente a los acuerdos presuntamente anticompetitivos se pueden presentar, advirtiendo que la tesis es aplicable a cualquier tipo de acuerdo relacionado con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

1. RÉGIMEN LEGAL DE LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS EN COLOMBIA

El régimen general de protección de la competencia en Colombia cuenta con tres normas que prohíben los acuerdos anticompetitivos:⁴ i) el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, ii) el artículo 46 del Decreto 2153 de 1994, y iii) el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, señala:

ARTICULO 1. *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, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.*

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdo o convenio que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 establece:

ARTICULO 46. PROHIBICIÓN. *En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.*
(...)

4 Existen, además, normas especiales para ciertos sectores de la economía donde se incluyen prohibiciones específicas para ciertos acuerdos. Teniendo en cuenta el propósito de este artículo no citaré dichas normas, aclarando que la tesis que aquí se describe les es aplicable.

Finalmente, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece una lista específica de acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia, así:

“ARTICULO 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 la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
10. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Los que tengan por objeto o tengan como

efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

Adicionalmente, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 establece que se entiende por acuerdo “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

Lo primero que se debe señalar frente a las normas que prohíben los acuerdos anticompetitivos es que mientras el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 prohíben los acuerdos anticompetitivos de forma general, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contiene una lista de acuerdos específicos que se consideran contrarios a la Ley. Esta lista, si bien no es exhaustiva, contiene los acuerdos anticompetitivos más comunes en el mundo del derecho de la competencia, siendo el acuerdo de fijación de precios la conducta ilegal por excelencia en este régimen.

Las prohibiciones generales y el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 son normas complementarias. En los eventos en que un agente del mercado ejecuta uno de los acuerdos prohibidos por el artículo 47, también infringe las normas que prohíben de manera genérica los acuerdos anticompetitivos, es decir, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. Si estas normas prohíben de manera general los acuerdos contrarios a la libre competencia, y los listados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 tienen tal carácter, es obvio que la infracción del artículo 47 derive en la violación de las cláusulas generales. En este evento, se trata de *una sola conducta* que deriva en la violación de tres normas.⁵

Ahora bien, no toda infracción de las prohibiciones generales necesariamente deriva en la infracción del artículo 47 del Decreto

5 Se aclara que se trata de una sola conducta (infracción) que, si bien viola varias normas, solo puede dar lugar a una sanción de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

2153 de 1992. Esto porque pueden existir acuerdos anticonceptivos que no estén listados en el artículo 47, pero que por el hecho de ser contrarios a la libre competencia serán sancionados de conformidad con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

Esta interpretación ha sido reiterada por la SIC en Resoluciones recientes. En la Resolución 53403 de 2013, la SIC señaló:

“En ese orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todos los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia sin excluir expresamente los descritos por la ley”⁶

De otro lado, el artículo 47 citado no hace ninguna diferenciación entre acuerdos horizontales (entre competidores) o verticales (entre agentes que participan en una misma cadena de valor pero en distintos eslabones), por lo cual se debe entender que la norma abarca ambas situaciones. Un acuerdo vertical que tenga por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios será tan ilegal como un acuerdo horizontal de similares características.

6 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53403 del 3 de septiembre de 2013.

Ahora bien, la norma no establece un significado concreto para las expresiones “*por objeto y como efecto*”, con lo cual le corresponderá a la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia y a la jurisdicción contencioso administrativa interpretar el significado de dicha expresión, de acuerdo con las reglas de interpretación de la ley colombiana.

Finalmente, ni las cláusulas generales ni el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 cuentan –como sí ocurre con las normas de competencia de la Unión Europea–, con una *excepción de eficiencia general* que “redima” de ilegalidad las conductas tienen por objeto o como efecto la fijación de precios o repartición de mercados, cuando se demuestre que con el acuerdo se producen más beneficios para el mercado que los perjuicios que con él se generan. Si bien el Decreto 2153 de 1992 señala en su artículo 49 tres excepciones específicas que de concurrir en un caso llevarían a concluir que un acuerdo no es contrario a la libre competencia, estas excepciones solo abarcan tres conductas concretas:⁷ i) las conductas que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología; ii) 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; y iii) los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

Así, no hay en las normas colombianas una excepción según la cual si el investigado demuestra que los beneficios económicos del acuerdo para el mercado y los consumidores (no para la empresa únicamente) son superiores a los eventuales perjuicios que con la restricción se cause o que por lo menos son neutrales, el acuerdo no se considerará contrario a las normas sobre libre competencia.

7 Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, Artículo 49.

A diferencia de lo que ocurre en Colombia, la legislación europea establece que son ilegales, entre otros, los acuerdos de precios y repartición de mercados, pero que la ilegalidad de dichos acuerdos “cesará” o no será aplicable si se demuestra que ellos son eficientes para el mercado y los consumidores, para lo cual el acuerdo deberá cumplir con ciertos requisitos que la propia ley establece.

Dice el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre los acuerdos anticompetitivos y su correspondiente excepción de eficiencia:⁸

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (...)

b. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

(...)

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

8 Artículo 101, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.*

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a. impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”
(Subrayas fuera de texto)

De esta manera, para la legislación europea está prohibido fijar precios o repartir mercados. Sin embargo, el agente podrá realizar el acuerdo si demuestra que las ganancias en eficiencia para el mercado y los consumidores son mayores que los eventuales perjuicios que se causarían con la conducta, siempre y cuando no se impongan más restricciones de las que sean indispensables para alcanzar dichos beneficios, y con el acuerdo no se adquiera la posibilidad de eliminar la competencia del mercado. No ocurre lo mismo en Colombia, o por lo menos las normas no establecen una excepción de eficiencia expresa a las conductas anticompetitivas generales o a las descritas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La pregunta que surge es, ¿qué ocurre en Colombia cuando un acuerdo lleva dentro de sí una fijación de precios o una repartición de mercados, pero se demuestra que los beneficios económicos que se producen con el mismo son superiores a los eventuales perjuicios que con él se causan? ¿Podría ser una conducta que produce beneficios para el mercado considerada ilegal?

2. LA INCORPORACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA EN INVESTIGACIONES POR PRESUNTOS ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

Ya se vio cómo en Colombia quien concluya que determinado acuerdo tuvo por objeto o como efecto la fijación de precios o repartición de mercados, necesariamente deberá proceder a imponer una sanción de acuerdo con la Ley.

¿Quiere esto decir que un acuerdo que tenga dentro de sí una fijación de precios o repartición de mercados, pero que produzca beneficios para los consumidores y la eficiencia económica que son incluso superiores a los eventuales perjuicios que se generen con la restricción será considerado ilegal? La pregunta es relevante porque si se diera una respuesta positiva se estarían aplicando las normas sobre protección de la competencia en contravía a su propósito mismo: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Sancionar una conducta que a pesar de contener una restricción de precios o de repartición de mercados produce eficiencias y bienestar para los consumidores, equivaldría a desatender el propósito de las actuaciones administrativas sobre protección de la competencia.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 señala que la SIC *debe "velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas 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"*. Así, sería contrario a la razón de ser del régimen reprimir conductas que sean eficientes—o neutras— frente al propósito que con ellas se pretende alcanzar. Por esta razón, una interpretación

teleológica y armónica de las normas de competencia colombianas obligaría al intérprete a tener en cuenta los eventuales beneficios de la conducta al momento de calificarla o no como ilegal. No sería lógico sancionar conductas que están en armonía con el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

La pregunta que surge es ¿cómo puede internalizar el régimen colombiano de protección de la competencia las eficiencias de un eventual acuerdo, para evitar sancionar aquello que es incluso benéfico para el mercado y los consumidores? La única manera de armonizar el texto de la Ley (artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) con el propósito general de las normas de competencia, es proponiendo un análisis según el cual el intérprete, al momento de definir si una conducta tiene por objeto o como efecto fijar precios o repartir mercados, realice tres pasos.

En el **primer paso**, el intérprete deberá verificar si la conducta investigada tiene dentro de sí un pacto para fijar precios o repartir mercados. De ser afirmativa la respuesta, el intérprete estará *prima facie* frente a una conducta ilegal, por lo que deberá continuar con el **segundo paso** del análisis, que consistirá en definir si lo único que contiene el acuerdo es el pacto de fijar precios o repartir mercados, o si tiene otros elementos que podrían derivar en beneficios económicos para el mercado y los consumidores, no simplemente para la empresa. Es decir, deberá verificar si se está frente a un pacto “desnudo” de todo beneficio o eficiencia (lo que los norteamericanos denominan *naked restraint to trade*), o si se está frente a un acuerdo que a pesar de contener un pacto de precios o una repartición de mercado, cuenta con varios otros elementos que hacen que la restricción sea simplemente accesorio para lograr un objetivo mayor que resulta ser neutral para el mercado o incluso eficiente para la economía y los consumidores (lo que los norteamericanos denominan *ancillary restraint to trade*).

Si del segundo paso se concluye que el acuerdo es simple y llanamente para aumentar los precios o repartir los mercados –y

no una restricción accesoria a un pacto mayor-, se deberá concluir que el acuerdo tiene por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios o la repartición de mercados, por lo que deberá ser sancionado. Por el contrario, si el acuerdo contiene un pacto de precios pero también otros elementos que en conjunto pueden derivar en beneficios para el mercado o los consumidores, el intérprete deberá proceder a un **tercer paso**, consistente en balancear los efectos restrictivos del acuerdo con los beneficios en eficiencia y para los consumidores que el mismo representa.

La claridad sobre cómo realizar este balance le corresponderá a la futura doctrina de la SIC. No obstante, existen internacionalmente algunos desarrollos que pueden servir de base para balancear restricciones a la competencia y eficiencias, entre ellos los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales frente al artículo 101-3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Si se concluye que los beneficios que genera el acuerdo en su conjunto son superiores a las eventuales restricciones que se derivan del mismo, no se podrá afirmar que el acuerdo tiene por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios, o la repartición de mercados, con lo cual no será sancionable. Por el contrario, si el resultado del análisis es que los beneficios del acuerdo en su conjunto no son suficientes para contrarrestar los perjuicios, se estará frente a un acuerdo que tiene por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios, o la repartición de mercados.

El primer requisito para aplicar este análisis es evitar calificar todo acuerdo que contiene dentro de sí un pacto de precios o repartición de mercados, como un acuerdo que *tiene por objeto o como efecto* la fijación de precios o repartición de mercados. Esto porque tal calificación de inmediato elevaría la conducta a ilegal, sin que sea posible analizar si el mismo tiene eficiencias que contrarresten los posibles perjuicios. La identificación de la existencia de un pacto de precios será entonces solo un paso dentro del análisis de si la conducta tiene por objeto o como efecto la

fijación de precios o repartición de mercados, y no el fin último del análisis.

Así, la forma de permitir un análisis de eficiencia de las conductas —que por demás está acorde con la teleología del régimen—, es incluir la consideración sobre la eficiencia del acuerdo como un paso previo a la consideración sobre si la conducta tiene por objeto o como efecto una fijación de precios o repartición de mercados.

Sólo una interpretación como la propuesta armonizaría el contenido mismo de las normas colombianas —que exigen que todo acuerdo que tenga por objeto o como efecto la fijación de precios o repartición de mercados sea sancionado—, con el propósito mismo del régimen, las normas que guían las actuaciones administrativas sobre protección de la competencia, y una aplicación armónica de todo el régimen.

Cuatro aclaraciones merecen atención en este punto. En primer lugar, es absolutamente claro que el análisis sobre si el acuerdo genera más beneficios que perjuicios (el tercer paso del análisis) solo será predicable de aquellos acuerdos donde la restricción de la competencia es accesorio y necesaria para lograr otras eficiencias que se realizan con otros elementos que están dentro del mismo acuerdo. En otras palabras, si sobre lo único que versa el acuerdo en el fondo es la fijación del precio o la repartición de mercados, es decir, si se trata de un *hard core cartel*, es evidente que dicha conducta no resiste un análisis de eficiencias. Una vez se observe que se trata de un *hard core cartel* se deberá concluir que el acuerdo tiene por objeto o como efecto la fijación del precio o repartición de mercados, y a imponer la respectiva sanción, sin que haya campo para un balance de beneficios económicos versus perjuicios para el mercado.

En segundo lugar, el balance entre los perjuicios que genera la conducta y sus beneficios solo tendrá cabida cuando se trate de beneficios *económicos* que contrarrestarían los perjuicios de

la restricción. Así, beneficio sociales, culturales o de cualquier otro tipo no serán válidos para redimir una conducta que contiene una restricción. En otras palabras, un acuerdo para aumentar los precios en un mercado con la intención de donar a una fundación social el producto del sobreprecio será calificado como ilegal de plano, sin que haya cabida para afirmar que el acuerdo tiene elementos adicionales que permiten hacer un balance costo beneficio de la conducta sobre el mercado. Lo anterior tiene sentido por varias razones, de las cuales menciono dos: de un lado, porque el propósito del régimen es el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica y la libre entrada de las empresas al mercado, por lo cual solo una conducta que produzca beneficios sobre estos propósitos, o por lo menos sea neutral a ellos, será legal. Los beneficios sociales, si bien tienen un valor intrínseco, no tienen cabida al momento de contrarrestar los perjuicios económicos de un acuerdo restrictivo. De otro lado, permitir consideraciones sociales, ambientales, o cualquier otra consideración no económica para contrarrestar acuerdos que contienen una restricción a la competencia, convertiría el régimen en subjetivo, en la medida en que la legalidad o ilegalidad del acuerdo dependería de lo que para el intérprete tuviese valor social.

En segundo lugar, los beneficios económicos deben ser para el mercado y los consumidores, no simplemente para la empresa que realiza el acuerdo. De aceptar otra tesis se podría llegar a la conclusión de que todo cartel tendría beneficios económicos que podrían contrarrestar sus perjuicios, ya que la empresa cartelista siempre obtiene ganancias con el sobreprecio que carga al mercado.

En tercer lugar, la carga de probar los beneficios de la conducta —es decir las eficiencias— le corresponde a la parte investigada, que es quien mejor puede explicar las razones por las cuales realizó el acuerdo, así como alertar sobre la forma en que los beneficios contrarrestan los eventuales perjuicios. Una vez la Autoridad

de Competencia identifica la restricción, tendrá un caso *prima facie*, y le corresponderá a la parte investigada por lo menos entregar los elementos para que la SIC concluya que existen verdaderos motivos económicos para concluir que el acuerdo o es neutro frente al mercado, o incluso produce beneficios.

Finalmente, debe anotarse que la interpretación propuesta de ninguna forma contradice el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, que establece ciertas excepciones para la aplicación del régimen de acuerdos restrictivos. El que exista una norma según la cual ciertos acuerdos no se consideran contrarios a la libre competencia no quiere decir que el intérprete esté vetado para concluir que otros acuerdos no son contrarios a la libre competencia por razones de eficiencia, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 y con una interpretación armónica y teleológica del régimen. Pero más importante aún, a diferencia de la interpretación aquí propuesta, el artículo 49 aplica una vez se ha concluido que la conducta es ilegal de acuerdo con el artículo 47, ya que la excepción ocurre una vez el intérprete considera que el acuerdo es ilegal. Por el contrario, la interpretación aquí analizada es anterior a la declaratoria de ilegalidad, ya que el balance de beneficios y perjuicios para el mercado es anterior a la calificación jurídica frente a que el acuerdo tiene por objeto o como efecto la fijación de precios o repartición de mercados. Quiere ello decir que una conducta que no pase el "test" aquí reseñado, todavía podría ser redimida por el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

En conclusión, una interpretación correcta de las normas de competencia colombianas debe dar cabida a valorar las eficiencias económicas que produce determinado acuerdo y sus beneficios para el consumidor, frente a los perjuicios que el mismo genera para el mercado. Tal balance deberá hacerse al identificar que el acuerdo contiene dentro de sí una cláusula de no competencia, y siempre y cuando la restricción no sea el único elemento del acuerdo. Más aún, dicho balance deberá hacerse antes de calificar

la conducta como una de aquellas que "tiene por objeto o como efecto" la fijación de precios o repartición de mercados, conclusión a la que solo se podrá llegar si los beneficios económicos de la conducta para el mercado y los consumidores son inferiores a los perjuicios que ella genera.

3. LA POSICIÓN DE LA SIC FRENTE A LA VALORACIÓN DE EFICIENCIAS EN ACUERDOS QUE CONTIENEN RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

La doctrina actual de la SIC es perfectamente compatible con la posición aquí descrita. En efecto, en los últimos años la Entidad ha dado cabida a la tesis según la cual un acuerdo que contiene restricciones puede ser considerado legal si los beneficios económicos para el mercado y los consumidores son superiores a los perjuicios para la competencia, o por lo menos neutros. Dos actos recientes de la SIC, entre otros, apoyan esta afirmación.

En primer lugar, la Cartilla sobre la Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Colaboración entre Competidores señala que un acuerdo entre competidores que contenga una restricción a la competencia puede ser legal si genera eficiencias o es por lo menos neutro frente al mercado y los consumidores.

En dicha Cartilla, la SIC afirma que los 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 competencia. Así, la SIC reconoce que un acuerdo entre competidores que genere restricciones a la competencia puede ser legal –considerado como un simple acuerdo de colaboración– si es neutral o produce mejoras en eficiencias suficientes para contrarrestar los efectos nocivos para el mercado. Sin necesidad de tener una excepción de eficiencia expresa –como ocurre en Euro-

pa- la SIC ha considerado que un acuerdo restrictivo puede ser legal si sus beneficios son superiores a sus perjuicios, acogiendo así una interpretación armónica de las normas de competencia que llama a sancionar únicamente las conductas que estén en contra de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Según la Cartilla, una vez la SIC encuentra que un acuerdo de colaboración tiene cláusulas restrictivas en el mercado, deberá evaluar sus efectos pro-competitivos. Para evaluar si un acuerdo que contiene una restricción a la competencia puede ser considerado legal, la SIC propone criterios que permiten al intérprete balancear los beneficios y los perjuicios del acuerdo. Señala la SIC 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 elementos: i. El acuerdo produce mejoras en eficiencia: El acuerdo debe producir mejoras en eficiencias (e.j. ahorros en costos), bien sea en la producción, adquisición, distribución o comercialización de los productos de que se trate; ii. 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, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo”. Para ello, las empresas deberán probar que el acuerdo genera incentivos económicos para que los participantes en él trasladen las eficiencias generadas al consumidor.”⁹

En dicho documento la SIC presenta un ejemplo sobre un acuerdo en el que a pesar de existir una restricción a la compe-

9 Cartilla sobre la Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Colaboración entre Competidores. Disponible en http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

tencia se presentan beneficios en eficiencia que contrarrestarían dicha restricción, y que por consiguiente darían lugar a que la conducta no fuera considerada ilegal. Conforme al ejemplo, tres competidores, cada uno con el 7% del mercado relevante, celebran un acuerdo para adquirir de forma conjunta los insumos que utilizan en la fabricación de sus productos, con el objetivo de reducir los costos a los que adquieren los productos. El propósito del acuerdo es competir efectivamente con los demás competidores, cada uno de los cuales tiene el 21%, 28% y 30% de participación en el mercado, y que por su escala obtienen mejores condiciones de compra sobre los insumos que adquieren, lo que les otorga una ventaja competitiva frente a pequeños competidores. En el ejemplo los miembros del acuerdo, si bien siguen compitiendo en la venta del producto que transforman, se unen para comprar insumos baratos y poder rivalizar con grandes competidores que ya tienen gran escala.

Aquí hay una restricción a la competencia en la compra de insumos que en condiciones normales se haría de forma independiente, lo cual sería en principio sancionable. No obstante, el acuerdo genera eficiencias que contrarrestan sus efectos anti-competitivos. En efecto, las empresas parte —que son pequeñas en comparación con sus competidores— van a poder comprar insumos más económicos, como también lo hacen los grandes competidores. Los consumidores se beneficiarán del acuerdo porque las pequeñas empresas podrán competir de forma efectiva, y además tendrán el incentivo de trasladar los menores precios, ya que deberán igualar las ofertas competitivas que las grandes empresas ya están entregando en el mercado al consumidor final como resultado de su escala. En este orden de ideas, el acuerdo, a pesar de conllevar una restricción a la competencia, resulta siendo legal, ya que al sopesar las restricciones con los beneficios para el mercado y los consumidores los segundos resultan siendo superiores.

Así, la SIC ha reconocido ya en su doctrina que es posible redimir una conducta restrictiva –específicamente un acuerdo entre competidores– de su aparente ilegalidad, siempre y cuando se demuestre que el acuerdo produce beneficios para los consumidores y el mercado que contrarrestan los perjuicios derivados de la restricción. Esto sin necesidad de que exista una excepción de eficiencia expresada en la legislación colombiana. El que dicha doctrina haya sido incluida en una Cartilla hace pensar que la posición de la SIC frente a la posibilidad de redimir un acuerdo de su aparente ilegalidad demostrando sus eficiencias ha sido suficientemente decantada al interior de la Entidad.

Más importante aún, en la reciente Resolución 76724 de 2014, la SIC señaló de forma clara que los acuerdos verticales –entre ellos los acuerdos de precios–, si bien pueden generar restricciones a la competencia, también pueden generar beneficios que contrarrestan dichas restricciones, por lo cual no podrían ser calificados de ilegales. Esto quiere decir que la SIC considera que incluso existiendo una restricción a la competencia, si el investigado puede probar que el acuerdo produce mejoras en eficiencia que contrarresten los efectos negativos de la restricción, el acuerdo no podrá ser considerado ilegal conforme al régimen colombiano.

A continuación se cita todo el análisis de la SIC en dicha Resolución, que por considerarlo de vital importancia para el tema y para resaltar la posición actual de la SIC frente a este aspecto, se transcribe en su parte relevante:

“Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece que los propósitos de las actuaciones administrativas que tramita la SIC en materia de protección de la competencia son: “la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”, los cuales pueden verse afectados tanto por la celebración de acuerdos horizontales como verticales en un mercado.

En efecto, los acuerdos verticales pueden afectar la competencia a través de diversos mecanismos, como por ejemplo: marginalizando competidores a través de conductas que les impidan acceder a insumos para la producción; incrementando las barreras de entrada a un mercado; facilitando el comportamiento cooperativo entre competidores en el nivel horizontal; o simplemente imponiendo restricciones para que compañías en eslabones aguas abajo limiten su nivel de competencia, sea porque no pueden bajar el precio de un producto que ha sido vendido por quien impone la limitación o porque les está prohibido incursionar en zonas geográficas en las que participa un competidor. De esta forma, mal haría la Superintendencia en excluir los acuerdos verticales del alcance de la ley de competencia cuando los mismos pueden causar daño a los consumidores, el mercado y la eficiencia económica al igual que lo hacen los acuerdos horizontales.

Así, tanto el texto del artículo que prohíbe los acuerdos de precios como la teleología de su aplicación y, en general, de todas las normas de competencia, no dejan duda de que los acuerdos verticales que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios están prohibidos en Colombia.

Ahora bien, ¿qué análisis aplica esta Superintendencia para determinar si un acuerdo vertical que involucre la fijación de un precio es ilegal o no, y, por consiguiente, si puede ser calificado como un acuerdo que tiene por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios?

Tradicionalmente, la SIC ha considerado que los acuerdos verticales –como por ejemplo la imposición unilateral de precios mínimos de reventa– son por sí mismos ilegales, al tener por objeto la restricción de la competencia en un mercado relevante.¹⁰ Esta posición debe ser revisada considerando los reales efectos económicos que pueden producir los acuerdos verticales sobre la competencia.

Para esta Superintendencia, si bien los acuerdos verticales usualmente tienen efectos anticompetitivos (como los que se ilustraron anteriormente), también pueden tener excepcionalmente efectos pro-competitivos, y por

10 Ver, por ejemplo: Concepto 99025015 del 15 de junio de 1999; Concepto 99050593 del 27 de septiembre de 1999, Concepto 01082559 del 23 de octubre de 2001, Resolución 21821 de 2004, entre otros.

consiguiente no ser ilegales. Es por esto que no todo acuerdo vertical que involucra la fijación de un precio aguas abajo (o cualquier otra restricción) es por sí mismo ilegal. Para ello, la Superintendencia tendrá que concluir, después de realizar una investigación y de que los investigados hayan presentado las razones económicas de su conducta, que el acuerdo vertical no genera eficiencias que sean suficientes para contrarrestar las restricciones a la competencia generadas por la misma.

Por el contrario, si después de que la SIC demuestra la existencia de una restricción derivada de un acuerdo vertical (como por ejemplo el establecimiento de precios mínimos de reventa a distribuidores) los investigados prueban que la misma se justifica en serias razones de eficiencia que son suficientes para contrarrestar la restricción, la Superintendencia no podría considerar que la conducta es ilegal y sancionable, razón por la cual no podría afirmar que se encuadra en la prohibición del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este sentido, una vez la SIC ha probado que existe un acuerdo vertical en el que se fijan precios o en el que se reparten mercados (o cualquier otro que limite la competencia), serán los investigados quienes tendrán la carga de probar que a pesar de que el acuerdo tiende a producir restricciones a la competencia, está justificado en razones de eficiencia que eliminan su naturaleza anticompetitiva.

Los motivos para que esta Superintendencia y otras autoridades de competencia consideren que el efecto de un acuerdo vertical que involucre la fijación de un precio debe ser analizado antes de afirmar que el mismo es anticompetitivo, son variados. Así, por ejemplo, los acuerdos verticales -en determinados casos- pueden estimular la competencia inter marca, es decir, aquella que tiene lugar entre fabricantes que venden un mismo producto, cada uno con su propia marca.¹¹

*Esto ocurre cuando un fabricante restringe **unilateralmente** la forma en que compiten sus distribuidores, por ejemplo, imponiéndoles precios mínimos de reventa en el producto o prohibiéndoles incursionar en zonas geográficas en las que hay otros distribuidores del fabricante. La restricción impuesta evidentemente reduce la competencia entre los distribuidores*

11 Cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Leegin Creative Leather Prods. Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

de una misma marca (competencia intra marca). Sin embargo, la restricción podría, excepcionalmente, incrementar la competencia de esa marca y otras de diferentes fabricantes que se encuentran en el mercado (competencia inter marca). Esto porque cada distribuidor, al tener un mínimo de recursos para consolidar la marca, realizaría inversiones y prestaría mejores servicios a los consumidores.

Visto lo anterior, se concluye que el carácter anticompetitivo o pro-competitivo de un acuerdo vertical depende de las circunstancias en que hayan sido formados, de sus efectos, y de si los investigados logran demostrar que existen razones de eficiencia suficientes para celebrarlos y para compensar el potencial efecto restrictivo en el mercado.¹²

Esta Resolución no solo aclara que si el acuerdo produce mejoras en eficiencia que contrarrestan sus perjuicios en el mercado no podrá ser declarado ilegal (no sería considerado como un acuerdo que tiene por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios), sino que además constituye un cambio en la doctrina tradicional de la SIC frente a los acuerdos verticales, que eran considerados ilegales en épocas anteriores.

No existe duda entonces que para la SIC actualmente es posible considerar que un acuerdo no tiene por objeto o como efecto la fijación de precios, a pesar de tener un componente de restricción de la competencia relacionado con la fijación del precio por parte de competidores, siempre y cuando se demuestre que el acuerdo implica eficiencias que contrarrestan los eventuales perjuicios que se generen con la restricción.

4. CONCLUSIÓN

Conforme a la doctrina actual de la SIC, no todo acuerdo que incluye dentro de sí una restricción de la competencia puede ser calificado como ilegal, ya que puede ser "redimido" si con él se

12 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 76724 del 16 de diciembre de 2014.

generan beneficios para el mercado y los consumidores que sean suficientes para contrarrestar los eventuales perjuicios de la restricción. Con esto, la SIC acoge en su doctrina la posibilidad de alegar una excepción de eficiencia para presuntos acuerdos anti-competitivos en el régimen colombiano de protección de la competencia.

El análisis jurídico que, en mi opinión, está detrás de esta posición, consiste en no considerar que todo acuerdo que implique una restricción a la competencia –como por ejemplo una fijación de precios o repartición de mercados– sea de inmediato considerado como *un acuerdo que tiene por objeto o como efecto* tal situación, lo cual implicaría su ilegalidad de plano. Por el contrario, el análisis consiste en que una vez se identifica la restricción se deberá determinar si el acuerdo tiene otros elementos que pueden generar eficiencias, y de ser esto afirmativo, proceder a sopesar los beneficios económicos para el mercado y los consumidores frente a los eventuales perjuicios.

En caso de que los primeros sean superiores a los segundos, el acuerdo no podrá ser considerado como de aquellos que tiene por objeto o como efecto una fijación de precios, repartición de mercados, o cualquier otro tipo de acuerdo. Solo esta interpretación resulta armónica con el régimen de libre competencia y su propósito, que es generar eficiencia, libre participación de las empresas en el mercado y bienestar para los consumidores. No tendría sentido condenar un acuerdo que es benéfico para el mercado, o incluso uno que es neutral, así implique una eventual restricción.

BIBLIOGRAFÍA

NORMAS

Ley 155 del 24 de Diciembre de 1959, "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones"

Ley 1340 del 24 de Julio de 2009, "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"

RESOLUCIONES

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53403 del 3 de septiembre de 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución Resolución 76724 del 16 de diciembre de 2014.

DOCTRINA

Superintendencia de Industria y Comercio, *Cartilla sobre la Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Colaboración entre Competidores*. Disponible en http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio: Concepto 99025015 del 15 de junio de 1999; Concepto 99050593 del 27 de septiembre de 1999, Concepto 01082559 del 23 de octubre de 2001, Resolución 21821 de 2004.

Miranda, Alfonso, *Los Acuerdos Anticompetitivos de Repartición de Mercados*, Revista Contexto, Num. 3, Octubre 2012, Universidad Externado de Colombia, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390*.

Corte Suprema de los Estados Unidos, *Leegin Creative Leather Prods. Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

