

EL RÉGIMEN DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

CARLOS IGNACIO ARBOLEDA SUÁREZ*

RESUMEN

Recientes decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio han introducido un régimen especial respecto del análisis de acuerdos de colaboración entre competidores. Con base en la regulación de la Unión Europea, la autoridad colombiana ha comenzado a sentar su interpretación frente a cuándo este tipo de acuerdos constituyen integraciones empresariales y cuáles son los criterios para analizar si son restrictivos de la competencia. Sin embargo, existen diferencias sustanciales en la aproximación colombiana frente a las normas de la Unión Europea, las cuales cambian la forma en la que deben analizarse este tipo de acuer-

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá con especialización en Derecho de la Competencia y Libre Comercio de la misma universidad. Actualmente es Asociado del área de Competencia e Integraciones de la firma Brigard & Urrutia Abogados y profesor de la cátedra de OMC en la Pontificia Universidad Javeriana.

dos. Adicionalmente, existen riesgos y problemas para la aplicabilidad de los precedentes colombianos, derivados de la falta de seguridad jurídica que actualmente existe, por lo que es poco probable que algún agente del mercado opte por seguirlos.

Palabras clave: acuerdos de colaboración entre competidores, integraciones empresariales, control de integraciones, acuerdos anticompetitivos, acuerdos de cooperación horizontal.

JOINT VENTURE AGREEMENTS UNDER COLOMBIAN ANTITRUST LAW

ABSTRACT

Recent decisions by the Superintendence of Industry and Commerce have set the basis for the creation of a special framework for the analysis of horizontal cooperation agreements. Based on the regulations of the European Union, the Colombian authority has started to mold its interpretation regarding the cases when these agreements constitute economic integrations and the criteria used to analyze if they are restrictive to competition. Nevertheless, substantial differences exist between the Colombian approach and the regulations of the European Union, which change the form in which these agreements are analyzed. Additionally, there are certain risks that amount to problems for the applicability of these recent Colombian decisions, derived from the uncertainty that these precedents have generated, which disincentives their application by market agents.

Key words: *agreements between competitors, economic integrations, merger control, anticompetitive agreements, horizontal cooperation agreements.*

INTRODUCCIÓN

Las normas de control de integraciones en Colombia determinan que cualquier operación que se considere como una integración empresarial debe ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”), siempre que se cumplan algunos requisitos adicionales, sin importar la forma jurídica de la operación¹. En palabras de la SIC:

“Respecto del supuesto conforme al cual recae la obligación en las empresas que pretendan fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, independientemente <sic> de la forma jurídica de que se valgan, conviene enfatizar que desde el punto de vista de la competencia, lo importante será el resultado y no el medio que se utilice para llegar a él, pues como la misma norma lo advierte, la operación se presenta “sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración”.”² (Subrayado original).

En esta amplia definición caben operaciones de muy diversos tipos. Desde las fusiones, que son las integraciones más sencillas por cuanto desaparece un competidor del mercado, hasta acuerdos que son difíciles de clasificar en esta categoría, como los contratos de franquicia³ o los acuerdos de colaboración entre competidores. En casos como los últimos es complicado determinar, con toda certeza, si se está en presencia o no de una integración empresarial.

1 Ver Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

2 Resolución 51320 de 2009 de la SIC.

3 La SIC ha interpretado que los contratos de franquicia pueden dar lugar a integraciones. “[C]ierta categoría de contratos como el de compraventa de activos o la franquicia, por ejemplo, pueden dar lugar a la adquisición del control, por cuanto otorgan la disposición sobre bienes y derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa, y, en consecuencia, pueden implicar una operación de integración.” Resolución 30238 de 2012 de la SIC.

En este punto, la SIC, en decisiones recientes, ha decidido adoptar la visión de la Unión Europea (“UE”) en cuanto a los acuerdos de colaboración entre competidores y las integraciones empresariales, adoptando el criterio de “plenas funciones” para distinguir un acuerdo que sí constituye una integración de uno que no lo es.

No obstante, la falta de materialización positiva de la tesis de la SIC presenta una serie de riesgos para las partes de un determinado acuerdo que lleva a que esta no pueda ser aplicada en la práctica. Actualmente, es más seguro, y más recomendable, informar los acuerdos de este tipo a la SIC independientemente de que un análisis del mismo arroje que no constituye una integración, que seguir lo establecido por los precedentes de la SIC y optar por no informarlo.

El objetivo de este documento es analizar los criterios establecidos en las decisiones de la SIC, exponer los riesgos existentes en la actualidad y proponer algunas maneras en las que estos pueden ser eliminados o, al menos, reducidos. En el Capítulo 1 se presenta el régimen de los acuerdos de colaboración entre competidores en la UE; en el Capítulo 2 se abordan los precedentes recientes de la SIC en cuanto a acuerdos de colaboración y régimen de integraciones; finalmente, en el Capítulo 3 se presentan los problemas y riesgos que pueden surgir de la interpretación realizada por la SIC así como algunas soluciones propuestas.

1. ACUERDOS DE COOPERACIÓN EN EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA DE LA UE

Bajo el régimen de la UE, los acuerdos de cooperación entre competidores están sujetos a las normas comunitarias de competencia. Sin embargo, tienen dos tratamientos especiales, uno en relación

con su potencialidad beneficiosa para el mercado, y otro respecto al régimen de control de concentraciones⁴.

a. Acuerdos de cooperación horizontal

La Comunicación 2011/C 11/01⁵ (la “Comunicación 11/01”) de la Comisión Europea reconoce que “[l]os acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de 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”. Sin embargo, también reconoce que este tipo de acuerdos pueden plantear problemas de competencia⁶.

Por ello, la Comunicación 11/01 trata específicamente estos acuerdos, debido a que, bajo ciertas circunstancias, resultan beneficiosos por cuanto generan eficiencias, y definen los límites dentro de los cuales este tipo de acuerdos no acarrear problemas para la competencia.

Los acuerdos entre competidores que resultan beneficiosos para el mercado no solo son considerados lícitos, sino que además pueden ser incentivados por las autoridades de competencia. Esta cooperación entre compañías puede permitir alcanzar economías

4 El término “concentración” es utilizado en las normas de la UE de manera similar al término “integración” en derecho colombiano.

5 Comisión Europea; Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal; 2011/C 11/01.

6 Comunicación 11/01, párrafos 2, 3.

de escala, el desarrollo de nuevos bienes y servicios y el acceso a nuevos mercados⁷.

El análisis acerca de si un acuerdo de cooperación restringe la competencia se debe realizar, de acuerdo con la Comunicación 11/01, bajo lo preceptuado por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), el cual establece la prohibición de acuerdos anticompetitivos, de la siguiente manera:

“La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho”⁸.

Siguiendo lo establecido por la Comunicación 11/01, el análisis de los acuerdos de cooperación tiene dos etapas, un estudio preliminar para determinar si hay o no una restricción indebida de la competencia, y una subsiguiente de análisis de eficiencias si de la primera resulta que de hecho hay una restricción por objeto o como efecto.

En cuanto a la primera fase del análisis, se debe estudiar si el acuerdo tiene o puede tener un impacto negativo en “*por lo*

7 Véase: JONES, ALISON y SUFRIN, BRENDA, *EU Competition Law*, cuarta edición, Oxford University Press (2011), pág. 983. [Abreviado en adelante como “Jones y Sufrin”].

8 Comunicación 11/01, párrafo 20.

*menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros”*⁹. Para determinar si estos efectos existen o pueden razonablemente existir como consecuencia del acuerdo de cooperación, se debe considerar la naturaleza y contenido del acuerdo, así como si este otorga un poder de mercado a las partes del mismo¹⁰.

Si se determina que no hay efectos negativos contrarios a lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, del TFUE, el acuerdo es lícito. De lo contrario, se debe proceder a la segunda etapa del análisis, de acuerdo con lo previsto en el artículo 101, apartado 3, del TFUE.

Este artículo establece una excepción a los acuerdos prohibidos, en el sentido en el que escapan al artículo 101, apartado 1, aquellos acuerdos que cumplan ciertas condiciones:

“La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:

los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia;

las restricciones deben ser indispensables para alcanzar esos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;

debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; por lo tanto, no

9 Comunicación 11/01, párrafo 27.

10 Ver Comunicación 11/01, párrafos 32-47.

basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo, a efectos de las presentes Directrices, el concepto de «consumidores» abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo; y que el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”¹¹.

La Comunicación 11/01, desarrolla posteriormente el análisis de algunos de los tipos de acuerdos de cooperación más comunes (por ejemplo, I+D, comercialización o compras conjuntas) así como el intercambio de información entre competidores. Sin embargo, los principios generales del análisis delineado anteriormente son aplicables a cualquier tipo de acuerdo de cooperación, siempre y cuando estos no constituyan una concentración¹². Los acuerdos que implican concentraciones están sujetos a un régimen diferente, que se desarrollará a continuación.

b. Control de concentraciones

La Comisión Europea reconoce que los acuerdos entre competidores pueden ser concentraciones en ciertos casos. Cuando dos compañías realizan un acuerdo de colaboración, o un acuerdo de “empresas en participación” de acuerdo con la Comunicación 2008/C 95/01¹³ (la “Comunicación 95/01”) de la Comisión Europea, este solo constituirá una concentración cuando el ente creado en virtud del acuerdo posea “plenas funciones”. De acuerdo con la Comunicación 95/01:

11 Comunicación 11/01, párrafo 49.

12 Comunicación 11/01, párrafo 6.

13 Comisión Europea; Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas; 2008/C 95/01.

“[L]a creación de una empresa en participación que realice con carácter permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma (las denominadas empresas en participación con plenas funciones) constituirá una concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones. El criterio de plenas funciones delimita, por tanto, la aplicación del Reglamento de concentraciones en el caso de creación de empresas en participación por las partes, independientemente de si tal empresa en participación se crea a partir de cero o si las partes aportan a la empresa en participación activos que anteriormente poseían individualmente. En estas circunstancias, la empresa en participación debe cumplir el criterio de plenas funciones para constituir una concentración”¹⁴.

El concepto de “plenas funciones” es, entonces, el elemento clave que determina si el acuerdo entre las compañías es o no una concentración, y por ende si está sujeta al control de concentraciones de la UE (por supuesto, de cumplir los demás requisitos aplicables).

Ahora bien, ¿cuándo se entiende que un acuerdo de empresas en participación tiene plenas funciones? El párrafo antes citado limita las plenas funciones a realizar con *“carácter permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma”*. Lo anterior señala las dos características relevantes: (i) el carácter permanente, y (ii) la independencia. Estas características han sido reconocidas por la doctrina, estableciendo que la Comunicación 95/01 *“enfatisa la importancia de la autonomía desde el punto de vista operativo y, por ello, el que cuente con recursos suficientes para operar independientemente en un mercado con la intención de que sea una operación de carácter duradero”*¹⁵.

En cuanto a la autonomía que conlleva el concepto de plenas funciones, la Comunicación 95/01 determina:

“Ser una empresa con plenas funciones significa esencialmente que la empresa en participación ha de poder operar en un mercado y desempeñar

14 Comunicación 95/01, párrafo 92.

15 JONES y SUFRIN, pág. 872. (Traducción libre).

todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en dicho mercado. Para ello, la empresa en participación ha de disponer de una dirección dedicada a las operaciones diarias y de acceso a suficientes recursos financieros, humanos y activos (materiales e inmateriales), para desarrollar una actividad empresarial de forma duradera en el ámbito previsto en el acuerdo que rige la empresa en participación (...)¹⁶.

Ahora bien, la extensión de las actividades que lleva a cabo la empresa en participación es también relevante para determinar si cuenta o no con plenas funciones. No implica plenas funciones trasladar a la empresa en participación, sin importar si hay un grado considerable de autonomía, el que la empresa en participación solo desarrolle una función concreta. De acuerdo con la Comunicación 95/01:

“Una empresa en participación no desempeña funciones plenas si asume únicamente una función concreta dentro de las actividades empresariales de las empresas matrices, sin tener acceso o presencia propios en el mercado. Es el caso de las empresas en participación que se dedican exclusivamente a I+D o a la producción. Este tipo de empresas en participación son auxiliares respecto de las actividades de las matrices. Es también el caso de las empresas en participación cuyas actividades se limitan esencialmente a la distribución o la venta de los productos de sus matrices, por lo que actúan principalmente como agencias de ventas (...)¹⁷.”

Finalmente, el carácter duradero de una empresa en participación se puede presumir de la existencia de autonomía, ya que la destinación de los recursos necesarios para que esta autonomía se dé suele conllevar la intención de las partes del acuerdo en darle un carácter permanente a la empresa en participación. También establece la Comunicación 95/01 que no excluye el carácter permanente (i) el que se incluyan cláusulas donde se estipule la disolución de la empresa en participación, o el retiro de alguna

16 Comunicación 95/01, párrafo 94.

17 Comunicación 95/01, párrafo 95.

de sus matrices, en caso de que la empresa fracase o que no haya acuerdo entre sus matrices en temas fundamentales, y/o (ii) el que se acuerde un término específico de duración para la empresa en participación siempre y cuando este término sea suficientemente extenso como para que se produzca un cambio en la estructura del mercado¹⁸.

Por otro lado, el carácter de permanente no existe cuando la empresa en participación *“se crea con una duración determinada y breve. Es el caso de las empresas en participación creadas para un proyecto concreto, como la construcción de una central eléctrica, pero que no intervendrán en el funcionamiento de la central una vez construida”*¹⁹.

También se excluye la permanencia *“cuando hay decisiones pendientes de terceros que son de importancia vital para el arranque de la actividad empresarial de la empresa en participación. Sólo las decisiones que vayan más allá de las meras formalidades y cuya concesión sea típicamente incierta se ajustan a estos supuestos. Ejemplos de ello son la concesión de un contrato (por ejemplo, en licitaciones públicas), licencias (por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones) o derechos de acceso a la propiedad (por ejemplo, derechos de exploración de petróleo y gas). Mientras no se tome una decisión sobre estas cuestiones, no estará claro si la empresa en participación será operativa”*²⁰.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta claro que en la UE se entienden los acuerdos entre competidores de dos maneras distintas: (i) como acuerdos de colaboración, que no constituyen concentraciones, que deben ser analizados bajo la prohibición general de acuerdos anticompetitivos del TFUE y su respectiva ex-

18 Comunicación 95/01, párrafo 103.

19 Comunicación 95/01, párrafo 104.

20 Comunicación 95/01, párrafo 105.

cepción, y (ii) como concentraciones en casos donde se presenten las *plenas funciones*.

2. EL CASO COLOMBIANO

La SIC, en recientes decisiones de integraciones empresariales, adoptó el análisis de la UE, creando un principio de régimen especial colombiano para los acuerdos de colaboración entre competidores. Lo dispuesto por la SIC tiene puntos de contacto y puntos de separación con lo dispuesto por la UE, que hace bastante *sui generis* la aproximación de la SIC al estudio de estos acuerdos.

Las decisiones de la SIC a las que se hace referencia son las resoluciones (i) 4851 de febrero 15 de 2013 (la “Resolución 4851”), (ii) 42296 de julio 18 de 2013 (la “Resolución 42296”), (iii) 53400 de septiembre 3 de 2013 (la “Resolución 53400”), y (iv) 93346 de diciembre 30 de 2013 (la “Resolución 93346”).

En cuanto a la Resolución 4851, la SIC analizó una operación entre Distribuidora Farmacéutica Roma S.A., Distribuciones AXA S.A., Eve Distribuciones S.A.S., Represander Ltda. y Comercializadora Multidrogas de Colombia S.A.S., que comprendía la “*conformación de una alianza estratégica, para la creación y ejecución de un modelo de central de compras y de abastecimiento (...)*”²¹. A través de esta se llevaría a cabo “[l]a negociación conjunta relativa a la compra de productos farmacéuticos y de aseo personal” por parte de las compañías mencionadas, así como otras actividades de promoción²².

En esta decisión, la SIC delineó los criterios para determinar cuándo un acuerdo entre competidores se entiende como integración, los cuales se explicarán más adelante. La SIC llegó a la

21 Resolución 4851, Hoja No. 9.

22 Resolución 4851, Hoja No. 10.

conclusión que la operación mencionada no es una integración, por lo que no debía ser informada.

Algunos meses después, la SIC reiteró, con algunas pequeñas modificaciones, su posición en la Resolución 42296, en la cual analizó una operación entre Almacenes Éxito S.A. y cerca de 45 establecimientos de comercio consistente en un acuerdo donde el primero (i) permitía el uso de la marca “Surtimax”, (ii) sería proveedor de los establecimientos, (iii) prestaría asesoría de diversos tipos, y (iv) daba la posibilidad de adherirse a las ofertas y promociones de Éxito²³. La SIC determinó, como en el caso anterior, que este acuerdo no es una integración empresarial, por lo que no está sujeto al deber de ser informado a esta entidad.

Poco después, la SIC volvió a sentar su posición en la Resolución 53400. Es esta decisión analizó la creación de un *joint venture* entre Whirlpool Colombia S.A.S. e Industrias Haceb S.A. “a través de la cual las partes constituirán una nueva entidad para producir lavadoras para la venta a los socios del *joint venture*”²⁴. Al igual que en el caso anterior, la SIC llegó a la conclusión de que la operación no era una integración, por lo que no debía ser informada.

Por último, la SIC volvió a abordar el tema en una muy sucinta Resolución 93346 donde analizó la operación entre Tigo y Telefónica que consistió en la creación de un patrimonio autónomo encargado de la “*administración de bienes necesarios para el despliegue de la red 4G*”²⁵, básicamente dedicada a la compartición de infraestructura. La SIC volvió a concluir que no existía integración toda vez que el acuerdo era un acuerdo de colaboración empresarial.

23 Resolución 42296, Hoja No. 5.

24 Resolución 53400, Hoja No. 3.

25 Resolución 93346, Hoja No. 3.

Lo interesante de estas decisiones es la forma en que la SIC delimitó los acuerdos de colaboración²⁶, tomando los elementos de las normas de la UE, pero adaptándolos de una manera especial a su análisis. Estos elementos serán expuestos en detalle más adelante.

Es importante tener en cuenta que una resolución anterior, la Resolución 553 de enero 21 de 2013 (la “Resolución 553”), la SIC trató el tema de los *joint ventures* frente al control de integraciones, donde delineó los principios desarrollados en las 4 resoluciones mencionadas en el párrafo anterior. Esta resolución no explica los mismos en detalle, sino que los enumera sucintamente y concluye que la operación sí era una integración empresarial. No obstante, la Resolución 553 de 2013 incluye algunas precisiones importantes a las que se hará referencia donde resulten relevantes.

a. ¿Cuándo es un acuerdo de colaboración una integración?

La más importante determinación tomada por la SIC en las Resoluciones 4851, 42296, 53400 y 93346 es que existen ciertos acuerdos, denominados por la SIC “de colaboración entre competidores”, que no son integraciones empresariales y, por consiguiente, no están sujetos a ser informados a la SIC.

La SIC estableció 3 requisitos que debe cumplir un acuerdo para constituir una integración: (i) vocación de permanencia y eliminación de la competencia, (ii) que no implique el simple traslado de una función específica, y (iii) que el negocio resultante tenga plenas funciones. A primera vista, parece que estos tres requisitos son iguales a los exigidos en la Comunicación 95/01. Sin embargo, estos tienen algunas particularidades tal como fue-

26 Nombre genérico que les da la SIC a los acuerdos entre competidores en las Resoluciones 4851, 42296 y 53400 que no constituyen integraciones empresariales. Véase Resolución 4851, Hoja No. 13.

ron plasmados por la SIC. Una primera comparación derivaría en la siguiente distinción:

UE	Colombia
Un acuerdo será una concentración si: -Tiene plenas funciones (autonomía + carácter de permanencia). -No es el simple traslado de una función específica.	Un acuerdo será una integración si: -Tiene vocación de permanencia y elimina la competencia entre las partes. -No es el simple traslado de una función específica. -Tiene plenas funciones.

Antes de entrar al análisis de los elementos establecidos por la SIC, es interesante ver la distinción en el entendimiento de las “plenas funciones”: para la UE, tener plenas funciones implica autonomía y carácter permanente, mientras que para la SIC el carácter permanente es un elemento y las plenas funciones es otro distinto (el cual termina siendo la autonomía).

i. Vocación de permanencia y eliminación de la competencia

La particularidad más llamativa se refiere al primero de los requisitos: la vocación de permanencia y eliminación de la competencia. La SIC determinó la vocación de permanencia de un acuerdo de colaboración entre competidores no solo con la duración de la actividad, sino con la eliminación de la competencia entre las partes del acuerdo.

Como se desarrolló en la Sección 1(b) de este documento, el carácter de permanencia de la empresa de participación conjunta para la regulación de la UE depende de que la actividad no se encuentre limitada en el tiempo y que, de estarlo, dure lo suficiente como para modificar la estructura del mercado. La misma Co-

municación 95/01 excluye la permanencia cuando el desarrollo efectivo de la actividad de la empresa dependa de decisiones de terceros o cuando la empresa realice una actividad limitada en el tiempo, como un proyecto específico.

La SIC optó por una visión distinta a la hora de sentar su criterio en relación con la permanencia. Para la SIC, esta dependerá de la eliminación de la competencia entre las partes del acuerdo, y no de la duración misma de las actividades a desarrollar.

Este ha sido el factor determinante para que la SIC haya encontrado en las cuatro resoluciones que no había vocación de permanencia²⁷. En el caso de la primera, la SIC encuentra que las compañías realizarán compras conjuntas pero *“seguirán compitiendo en el mercado de distribución y comercialización de medicamentos y otros productos relacionados (...)”* por lo que *“conservarán un alto grado de independencia en el mercado relevante (...). Así, la vocación de permanencia del acuerdo se presenta formalmente, pero no en la estructura misma del negocio”*²⁸. Ergo, la decisión de la SIC se basa en la no eliminación de la competencia entre las partes del acuerdo, y no en la falta de vocación de permanencia como la entiende la Comunicación 95/01.

La Resolución 42296, aun cuando vuelve a incluir como parte integral del requisito la eliminación de la competencia, le agregó un matiz diferente a su análisis. Concluyó la SIC acerca de la operación:

“Por otra parte, la transacción no presenta vocación de permanencia el que las empresas pueden terminar la alianza en cualquier momento, sin ninguna

27 Es importante tener en cuenta que la Resolución 553 de 2013 no incluía la “eliminación de la competencia” como parte de este requisito, sino que solo tenía en cuenta la vocación de permanencia, en el sentido que *“la empresa en participación debe constituirse con una duración indefinida, larga o, si se fija un periodo corto de duración, que al menos sea prorrogable”*. Resolución 553 de 2013, Hoja No. 40.

28 Resolución 4851, Hoja No. 19.

penalidad. Así mismo, la operación tampoco implica la eliminación de la competencia entre las intervinientes, con lo cual no solo no constituye una integración empresarial sino que, adicionalmente, puede eventualmente tener vocación pro-competitiva”²⁹.

La cita anterior contiene dos elementos importantes para entender este requisito. En primer lugar, la SIC determina que no hay vocación de permanencia porque las empresas pueden terminar el acuerdo en cualquier momento. Sin embargo, la Comunicación 95/01 establece que este tipo de cláusulas no excluyen la vocación de permanencia³⁰. En este punto la SIC se aparta sustancialmente de lo dispuesto en la UE. Por otra parte, establece que la no eliminación de la competencia es el factor determinante para que no haya integración, pero además reconoce que la no eliminación de la competencia, además de definir si hay integración, puede llevar a concluir que no hay efectos anticompetitivos (como se verá más adelante, este es uno de los factores de análisis de los acuerdos de colaboración).

En la Resolución 53400 la SIC determinó que no existía vocación de permanencia en la operación analizada. El acuerdo de producción de lavadoras, aun cuando era duración indefinida, no tenía vocación de permanencia porque no eliminaba un competidor del mercado. Establece la SIC:

“[S]e concluye que aun cuando el joint venture para la manufactura de lavadoras tendría una duración indefinida, esta formalidad no desdibuja el hecho que tal convenio no constituye una integración, sino un acuerdo de colaboración para la producción que no resulta en la disminución de un competidor, ni en la reducción de la competencia en el mercado en que las partes compiten, ya que las empresas continuarán manteniendo sus actividades de comercialización en forma independiente en el mercado”³¹.

29 Resolución 42296, Hoja No. 9.

30 Comunicación 95/01, párrafo 103.

31 Resolución 53400, Hoja No. 7.

Es interesante ver cómo la SIC no abordó la existencia de cláusulas de terminación del acuerdo en la Resolución 53400, como sí sucedió en la Resolución 42296, al momento de determinar la vocación de permanencia. Es más, parece haber dejado a un lado el factor de duración/terminación del acuerdo para darle un mayor peso a la no eliminación de la competencia como el factor clave en este criterio de análisis.

La conclusión de la Resolución 93346 es muy similar a la anterior. Es esa decisión, la SIC determinó:

“[A]un cuando esta alianza de compartición de infraestructura tendría una duración de 10 años, esto no cambia el hecho de la <sic> misma no constituye una integración, sino un acuerdo de elaboración de compartición de infraestructura, el cual no resulta en la eliminación de un competidor, ni en la reducción de la competencia...”³².

Lo anterior, entonces, implica que el criterio de la SIC es sustancialmente distinto al adoptado por la Comunicación 95/01. Para la SIC, el elemento determinante no es la permanencia *en la duración* de la actividad, sino la permanencia *en la eliminación de la competencia* entre las partes del acuerdo de colaboración entre competidores.

ii. No realizar simplemente el traslado de una función específica

En este criterio, la SIC sí siguió lo dispuesto por la Comunicación 95/01, aferrándose al criterio europeo. Incluso la redacción utilizada por la SIC es muy similar a la de la Comunicación 95/01, sentando como elemento central de este requisito el que se desempeñe una función que implica acceso o presencia propia en el mercado por parte de quien desempeñe dicha actividad. La Resolución 4851 definió este criterio como “*que el ente que surge de*

32 Resolución 93346, Hoja No. 6.

la operación no debe adoptar únicamente actividades específicas de las empresas aliadas, sino que debe tener acceso o presencia independiente en un mercado”³³. La SIC luego ilustra esto con la operación analizada, diciendo que un acuerdo de compra conjunta es la mera transferencia de una función particular, en contraposición a la unión de actividades que “*constituyen en sí mismos un mercado o negocio independiente*”³⁴.

Este criterio fue desarrollado en mayor profundidad en la Resolución 42296, donde la SIC determina:

“[L]as partes no deberían solo unir ciertas actividades específicas de aquellas que desarrollan en el día a día para funcionar en un mercado relevante (como por ejemplo comprar insumos, distribuir sus productos, etc.). Por el contrario, las entidades deberían unificar alguna línea de negocio o crear una entidad que por sí misma constituya un negocio, tenga presencia independiente en el mercado relevante, y esté diseñada para ofrecer productos o servicios a cualquier persona que los demande, al menos de forma sustancial”³⁵.

Esto último fue recogido en las Resoluciones 53400 y 93346, donde la SIC reiteró que este elemento implica que no se deben transferir actividades específicas, sino que el ente que surge del acuerdo “*debe desarrollar una actividad que constituya un mercado relevante en sí mismo*”³⁶.

iii. Plenas funciones

En este punto, como se mencionó anteriormente, la SIC utiliza el término “*plenas funciones*” para referirse a la autonomía que debe tener la empresa que surge del acuerdo entre competidores.

33 Resolución 4851, Hoja No. 18.

34 Resolución 4851, Hoja No. 18.

35 Resolución 42296, Hoja No. 7.

36 Resolución 53400, Hoja No. 7.

Así, y siguiendo lo establecido en la Comunicación 95/01 respecto de la autonomía de la empresa en participación, la SIC definió las plenas funciones como: “[l]o que surja como resultado de la operación (sea la unión de dos negocios previamente competidores en uno, la creación de una empresa aparte, un centro de investigación, etc.) debe contar con recursos independientes o por lo menos tener la potencialidad de desenvolverse de forma autónoma en el mercado, como un negocio separado”³⁷. (Subrayado original).

La Resolución 42296 agregó a lo anterior el que la entidad que surge del acuerdo “*debe ser una empresa que cuente con recursos suficientes (en términos de capital humano, financiero, administrativo, etc.)*”³⁸. Esto no fue recogido por la Resolución 53400, que reprodujo lo establecido por la Resolución 4851 sin tanto detalle. Sin embargo, no resulta un cambio sustancial debido a que el criterio es básicamente el mismo.

La inclusión de factores como los recursos independientes asignados o la potencialidad de desenvolverse son claramente una incorporación de lo dispuesto en la Comunicación 95/01, siendo este el punto de mayor cercanía entre la SIC y las regulaciones de la UE.

Teniendo en cuenta el desarrollo de la SIC, se concluye que esta adoptó su propio análisis de acuerdos de colaboración que generan integraciones a través de un criterio *sui generis* de plenas funciones. Es importante tener en cuenta las diferencias entre lo establecido por la SIC y las reglas de la UE, especialmente en lo que respecta al requisito de vocación de permanencia.

37 Resolución 4851, Hoja No. 18. Citado también en la Resolución 53400, Hoja No. 8.

38 Resolución 42296, Hoja No. 7.

b. Acuerdos de colaboración y restricciones a la libre competencia

Como se mencionó antes, la UE tiene dos regulaciones diferentes para los acuerdos entre competidores: la regulación concerniente a aquellos acuerdos que pueden no resultar anticompetitivos a la luz del artículo 101 del TFUE, y la regulación de aquellos que se entienden como concentraciones. La SIC, en las Resoluciones 4851, 42296 y 53400 además de determinar cuándo un acuerdo de colaboración entre competidores resulta en una integración, también determinó cuándo un acuerdo de este tipo no crea problemas de competencia no siendo una integración.

Nuevamente, la SIC se basó en la regulación de la UE, la Comunicación 11/01, para definir sus criterios. Al igual que al sentar los criterios sobre acuerdos de colaboración que implican una integración, la SIC varió la concepción europea en algunos puntos.

La SIC determinó que los criterios que permiten concluir que un acuerdo de colaboración entre competidores, que no constituye una integración, no genera restricciones a la competencia son: (i) porcentaje de participación de mercado de las partes, (ii) eficiencias generadas, (iii) carácter indispensable, (iv) beneficios para los consumidores, y (v) no eliminación de la competencia.

Antes de entrar al análisis de los elementos señalados, es interesante ver cómo la SIC directamente se refiere al párrafo 49 de la Comunicación 11/01 al enumerar estos elementos. Como se explicó anteriormente, este párrafo hace referencia a la excepción contenida en el artículo 101, apartado 3, del TFUE, la cual es una excepción a la prohibición de acuerdos anticompetitivos. Es importante recordar que la Comunicación 11/01 establece un análisis de dos partes para estos acuerdos: primero, se debe verificar que no limiten, por objeto o como efecto, la libre competencia (artículo 101, apartado 1, del TFUE), y solo cuando se encuentre que sí la limitan, se procede al segundo paso, verificar si cabe en la excepción del artículo 101, apartado 3, del TFUE.

Un análisis de dos partes similar al de la UE puede ser aplicable también en Colombia. De hecho, parece que la SIC, a pesar de no decirlo explícitamente, tiene en mente un análisis de dos partes:

- La primera consiste en verificar que el acuerdo efectivamente sea un “acuerdo de colaboración entre competidores”, definido en la Resolución 4851 como *“aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva y que están compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones, con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales”*³⁹. La SIC continúa al afirmar que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohíbe todos los acuerdos que distorsionen la libre competencia, pero reconoce que existen *“acuerdos de colaboración entre competidores que son susceptibles de generar eficiencias (...) razón por la cual no deben ser sancionados por el régimen de competencia”*⁴⁰.
- La SIC entonces determina que un acuerdo de colaboración entre competidores debe analizarse para determinar *“si tiene efectos restrictivos de la competencia y se encuentra prohibido (...), o si por el contrario puede ser beneficioso para la competencia”*⁴¹.
- La Resolución 42296 hace más explícito la existencia de este requisito, aunque lo hace refiriéndose a cuándo se debe informar una integración⁴². Para determinar si se debe informar una operación se debe determinar *“(i) si la transacción cons-*

39 Resolución 4851, Hoja No. 13. Citando a JONES y SUFRIN, pág. 983.

40 Resolución 4851, Hoja No. 14.

41 Resolución 4851, Hoja No. 14.

42 De hecho, este mismo análisis es reiterado en la Resolución 93346.

*tituye o no una integración; (ii) si la transacción cumple con los supuestos subjetivo y objetivo (...)”*⁴³. Lógicamente, si el primer paso resulta en que no hay integración, puede que haya un acuerdo de colaboración, por lo que resultaría implícito el primer paso al que se hace referencia.

- Lo anterior deja ver que la SIC entiende que no es cualquier acuerdo el susceptible a ser analizado para encontrar potenciales efectos beneficiosos, sino solo aquellos que caigan en la definición de “acuerdos de colaboración entre competidores”. Por ello, el primer paso es determinar si el acuerdo entre competidores es o no “de colaboración”, pues de no serlo, no está en la categoría de acuerdos que no deben sancionarse en virtud de las eficiencias generadas.
- Ahora bien, una vez verificado lo anterior, la SIC puede llevar a cabo el análisis de si el acuerdo de colaboración es beneficioso o dañino para la competencia. Aquí desarrolla la SIC los criterios antes mencionados y que se expondrán en detalle más adelante⁴⁴.

La diferencia sustancial en la aproximación del examen de la SIC con el de la UE es que para la UE el primer paso es verificar que el acuerdo no restrinja la competencia por objeto o como efecto y solo ir al segundo *si en efecto la restringe* para determinar si cae en la excepción; mientras que para la SIC el primer paso es verificar que el acuerdo es “de colaboración”, y no un acuerdo cualquiera, para luego verificar *si es beneficioso o dañino* para la competencia.

43 Resolución 42296, Hoja No. 5.

44 De las 4 resoluciones relevantes, la Resolución 93346 es la única que no se refiere a estos criterios, sino que solo trata los criterios de cuándo un acuerdo de colaboración constituye una integración.

Tras hacer esta distinción, es posible abordar cuáles son los criterios que para la SIC determinan si un acuerdo de colaboración entre competidores es o no beneficioso para la competencia, y por ello si debe o no ser sancionado.

i. Participación de mercado de las partes

El primero de los requisitos establecidos por la SIC es el que las partes del acuerdo cuenten con menos del 15% de participación conjunta en el mercado relevante. Este 15% fue modificado por 20% en la Resolución 42296. El cambio de 15 a 20% fue acertado por cuanto va de la mano con las normas colombianas de integraciones.

La Ley 1340 dispone que cuando las intervinientes en una integración “*cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación*”⁴⁵. Es decir que un acuerdo de colaboración donde las partes conjuntamente tuvieran una participación de 17% podía generar problemas en el mercado; pero si el mismo acuerdo resultaba siendo una integración, se entendería que no genera preocupación alguna. La contradicción era evidente. Por ello, la Resolución 42296 elevó este umbral y lo unificó en 20%.

Ahora bien, las normas de la UE no contemplan la participación de las partes como uno de los requisitos para caer en la excepción del artículo 101, apartado 3, del TFUE⁴⁶. Resulta interesante ver que la SIC sí lo haya incluido como requisito general siendo que, como se mencionó antes, basó su enumeración en los factores contenidos en esa disposición del TFUE. No obstante, a la luz de las normas de integraciones de Colombia, la inclusión de ese umbral de 20% parece apropiada.

Puede haber una explicación adicional para el que la participación haya quedado como requisito general en la Resolución

45 Artículo 9, Ley 1340 de 2009.

46 Los 4 requisitos son, recordemos, (i) eficiencias, (ii) indispensabilidad, (iii) beneficio al consumidor, y (iv) no eliminación de la competencia.

4851. En ese caso se estaba analizando una alianza de compras conjuntas. Este tipo de acuerdos es uno de los desarrollados explícitamente por la Comunicación 11/01. Esta indica que en compras conjuntas, así como en acuerdos de distribución conjunta, uno de los problemas puede ser la creación de poder de mercado, y presenta este umbral de 15%:

“No existe un límite máximo absoluto por encima del cual pueda suponerse que un arreglo de compra conjunta crea poder de mercado y es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. No obstante, en muchos casos, no es probable que exista poder de mercado si las partes del arreglo de compra conjunta tienen una cuota de mercado conjunta que no excede del 15% en los mercados de compra y además una cuota de mercado conjunta que no excede del 15% en los mercados de venta. En cualquier caso, si las cuotas de mercado conjuntas de las partes no exceden del 15% tanto en el mercado de las compras como en el de las ventas, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3”⁴⁷.

Parece entonces que la SIC volvió general para cualquier acuerdo de colaboración un requisito predicable para dos acuerdos específicos. No obstante, la SIC unificó este requisito con las normas colombianas al establecer el valor en 20% en la Resolución 42296, valor que reiteró en la Resolución 53400.

ii. Eficiencias generadas

El segundo requisito es la generación de eficiencias a través del acuerdo, en los siguientes términos: “*El acuerdo debe producir mejoras en eficiencia, bien sea en la producción, adquisición, distribución o comercialización de los productos de que se trate*”⁴⁸.

⁴⁷ Comunicación 11/01, párrafo 208.

⁴⁸ Resolución 4851, Hoja No. 14; Resolución 42296, Hoja No. 8; Resolución 53400, Hoja No. 6.

La generación de eficiencias aparece en estas decisiones de la SIC, y en la regulación de la UE, como la base de la justificación del tratamiento especial para los acuerdos de colaboración entre competidores, dándole una mayor importancia que a los demás⁴⁹. De hecho, el tercer y cuarto de los criterios hacen referencia a requisitos que estas eficiencias generadas deben cumplir.

La generación de eficiencias como requisito para determinar la no restricción indebida de la competencia de los acuerdos de colaboración es consecuente con las normas colombianas de integraciones. El artículo 12 de la Ley 1340 de 2009 establece la excepción de eficiencia, en virtud de la cual la SIC puede “*no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios. En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores*”. En este sentido, las eficiencias resultan ser clave para analizar la posible restricción que una integración genera para la competencia frente a los beneficios que se obtienen a partir de la misma.

Resulta interesante ver que esta excepción contiene los mismos requisitos frente a las eficiencias que los determinados por la SIC y la UE, esto es la indispensabilidad y el beneficio a los consumidores, los cuales se desarrollarán en detalle a continuación. Parece acertado que los requisitos exigidos sean los mismos, toda vez que si una integración puede ser aprobada en virtud de las eficiencias generadas (cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009), un acuerdo de colaboración puede también ser hallado como no restrictivo de la competencia si sus eficiencias son las mismas.

49 Véase *supra* nota 37.

iii. Carácter indispensable

El requisito de carácter indispensable se predica de la relación directa entre el acuerdo y las mejoras de eficiencias buscadas a través del mismo. La indispensabilidad no ha sido definida por la SIC, por lo que no conocemos qué considera la SIC como indispensable y qué no. La definición de “indispensable” del diccionario la Real Academia Española señala que “indispensable” significa “1. *Que no se puede dispensar.* 2. *Que es necesario o muy aconsejable que suceda*”.

La Comisión Europea entendió en un precedente la indispensabilidad en el marco del artículo 101, apartado 3, del TFUE como un tema de necesidad, es decir, que se debe analizar si existen alternativas menos restrictivas de la competencia que logren las mismas eficiencias generadas por el acuerdo propuesto. En caso de que existan, el acuerdo no es indispensable⁵⁰.

iv. Beneficios para los consumidores

El cuarto criterio busca asegurar que los consumidores reciban parte de las mejoras de eficiencia logradas por el acuerdo. La SIC adoptó exactamente el mismo criterio que se encuentra en la Comunicación 11/01. Tal vez lo más interesante es ver cómo la SIC adoptó también la definición de “consumidores” que comprende tanto los reales como los potenciales que se encuentra en la Comunicación 11/01⁵¹.

En este punto sí hubo un cambio entre las Resoluciones 4851 y 42296, y la Resolución 53400. Las primeras definieron este criterio como reservar a los consumidores “*una participación equi-*

50 Véase Comisión Europea, *P&O/Stena Line* [1999] OJ L163/61.

51 Resolución 4851, Hoja No. 15.

tativa en el beneficio resultante”⁵² siguiendo al pie de la letra la Comunicación 11/01. Es más, la Resolución 42296 desarrolla el criterio como:

“[L]as mejoras en eficiencia logradas mediante las restricciones deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores, de tal modo que al menos compensen los efectos del acuerdo; por lo tanto, no basta con que las eficiencias sólo beneficien a las partes del acuerdo.”⁵³ (Subrayado nuestro).

Parece entonces que la SIC no solo entiende que debe “indemnizarse” al consumidor, en el sentido que las eficiencias generadas deben contrarrestar los potenciales efectos negativos al punto que el consumidor quede en la posición en la que se encontraba antes de que el acuerdo existiera. La SIC va más allá y determina que debe haber un *plus*, un extra, de modo que el consumidor reciba algo (“*una participación equitativa en el beneficio*”), y, como mínimo, debe compensar al consumidor.

Esto fue eliminado en la Resolución 53400 y se dejó el criterio solo como “*las mejoras en eficiencia que se logran con las restricciones a la competencia deben procurar beneficios suficientes para los consumidores con el fin de que compensen los efectos restrictivos del acuerdo*”⁵⁴. Este cambio sí se percibe como importante, debido a que elimina el complicado requisito de asegurar al consumidor una parte equitativa del beneficio, dejando la interpretación en que basta para cumplir este criterio el contrarrestar los efectos negativos, de cierta manera asegurando que el consumidor seguirá en la misma posición en la que se encontraba antes de que existiera el acuerdo.

52 Comunicación 11/01, párrafo 49.

53 Resolución 42296, Hoja No. 8.

54 Resolución 53400, Hoja No. 5.

De hecho, esta interpretación de la SIC de la Resolución 53400 es consecuente con la interpretación de la excepción de eficiencia en casos de control de integraciones. La SIC ha determinado que las eficiencias “*deben ser suficientes para anular el probable daño a los consumidores y a la competencia económica en el mercado relevante*”⁵⁵, posición que recogió posteriormente al determinar que, en el caso analizado en ese momento, la excepción de eficiencia no podía ser invocada debido a que el beneficio generado “*no sería suficiente para compensar la pérdida generada en el mercado a raíz de la operación*”⁵⁶. Parece entonces que la excepción de eficiencia se basa en la “indemnización” al consumidor, en el sentido de compensar a través de beneficios cualquier efecto negativo. La Resolución 53400 unificó este tema para el caso del análisis de acuerdos de colaboración, sentando el requisito en igual sentido.

v. *No eliminación de la competencia*

El quinto y último requisito se refiere a que “[e]l acuerdo no debe posibilitar a las empresas la eliminación de la competencia, respecto de una parte sustancial de los productos o servicios”⁵⁷. En la Resolución 53400 se cambió el término “posibilitar” por “facilitar”. Esta modificación no parece alterar sustancialmente este requisito.

La Comisión Europea ha entendido que este requisito se refiere al análisis de si se puede esperar que la empresa que surge del acuerdo de colaboración enfrente competencia efectiva en el mercado en el que se desempeña⁵⁸. Sin embargo, este requisito

55 Resolución 19110 de 2003 de la SIC.

56 Resolución 16453 de 2004 de la SIC.

57 Resolución 4851, Hoja No. 15; Resolución 42296, Hoja No. 8.

58 Ver Comisión Europea, *P&O/Stena Line* [1999] OJ L163/61.

ha sido también ponderado con el de beneficio al consumidor. La Comisión Europea ya ha llegado a decisiones donde a pesar de existir una reducción sustancial de la competencia se ha dado vía libre al acuerdo debido a los beneficios al consumidor que representaba⁵⁹.

La naturaleza acumulativa de los elementos antes citados no es muy clara. El párrafo 49 de la Comunicación 11/01 sí determina que para caer bajo la excepción del artículo 101, apartado 3, del TFUE sí se requiere el cumplimiento de los 4 requisitos allí señalados. La SIC es menos definitiva en la forma de presentarlos al afirmar que “[e]n general, se entiende que un acuerdo de colaboración entre competidores no genera restricciones indebidas en la competencia cuando en él concurren los siguientes elementos”⁶⁰. La expresión “en general” deja abierta la puerta para casos donde aun cuando se verifiquen los elementos mencionados, el acuerdo genere restricciones indebidas a la competencia.

La Resolución 53400 es aún menos específica al determinar que los elementos señalados “se tienen en cuenta para determinar si un acuerdo de colaboración entre competidores no genera restricciones indebidas en la competencia (...)”⁶¹, lo cual indica que el análisis de los elementos es indicativo: no porque concurren puede afirmarse definitivamente que no hay restricciones indebidas a la competencia. El análisis, entonces debe hacerse caso por caso.

c. La intención de las partes

La SIC también tuvo la oportunidad de analizar el papel de la intención de las partes en integrarse en la Resolución 4851. De una

59 JONES y SUFRIN, pág. 993.

60 Resolución 4851, Hoja No. 14; Resolución 42296, Hoja No. 8.

61 Resolución 53400, Hoja No. 5.

manera un tanto sorprendente, la SIC encontró que la intención de las partes de un acuerdo en efectivamente integrarse hace parte del supuesto objetivo del control de integraciones. La SIC determinó que el supuesto objetivo tiene dos presupuestos: la verificación de los umbrales económicos y la intención de las partes de integrarse.

“En segundo lugar, el supuesto objetivo implica determinar si las empresas pretenden fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sin importar la forma jurídica de la operación. En caso afirmativo, las empresas tendrán el deber de informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio su intención de llevar a cabo la operación. (...)

También puede presentarse el caso en que las empresas intervinientes en la operación desarrollen una misma actividad económica o se encuentren ubicados en la misma cadena de valor y que en conjunto cuenten con ingresos operacionales o activos totales superiores a 100.000 SMLMV, pero cuya operación no constituya una integración empresarial, sino simplemente un acuerdo de colaboración entre competidores. En este último caso, a pesar de que la operación cumple con el supuesto subjetivo y con el primer elemento del supuesto objetivo (mínimo de ingresos operacionales o activos totales), no cumple con el segundo, que es el de que la operación planteada constituya una integración o concentración y por consiguiente, no debe ser informada a esta Superintendencia ex ante.”⁶² (Subrayado original).

De acuerdo con lo anterior, la SIC entendió que la base legal para que un acuerdo de colaboración entre competidores no deba ser informado vía control de integraciones es el no cumplimiento de los supuestos establecidos en la Ley 1340 de 2009. No obstante, no parece claro que la intención de integrarse se encuentre dentro de los supuestos subjetivo (que comprende la existencia de pluralidad de empresas que se dediquen a la misma actividad o se encuentren en la misma cadena de valor) u objetivo (umbrales económicos). Sin embargo, al no haber una expresa excepción para este tipo de acuerdos, la SIC buscó una manera de retirar

62 Resolución 4851, Hojas No. 12-13.

estos acuerdos de la órbita de las integraciones empresariales.

Esta concepción del supuesto objetivo, empero, tuvo una corta vida. La SIC decidió apartarse de la misma en la Resolución 42296 donde no incluyó la intención de las partes como elemento del supuesto objetivo. A decir verdad, la SIC solo se limitó a mencionar los supuestos subjetivo y objetivo, sin ir al análisis de lo que sucede con ellos en los acuerdos de colaboración. Por el contrario, simplemente entiende que hay acuerdos que son de colaboración y no integraciones, por lo cual no deben ser informados a la SIC, sin analizar si se cumplen o no los supuestos subjetivo y objetivo⁶³.

La Resolución 53400, sin embargo, sí retomó el análisis de los supuestos subjetivo y objetivo en casos de acuerdos de colaboración. Determinó la SIC:

“Puede presentarse el caso en que las empresas intervinientes en una operación desarrollen la misma actividad económica o se encuentren ubicados en la misma cadena de valor, y que en conjunto cuenten con ingresos operacionales o activos totales superiores a 100.000 SMLMV, pero cuya operación no constituya en realidad una integración empresarial, sino simplemente un acuerdo de colaboración entre competidores. En este último caso, a pesar de que la operación cumple con el supuesto subjetivo y con el supuesto objetivo, la operación planteada no constituye una integración o concentración y, por consiguiente, no debe ser informada a esta Superintendencia ex ante.”⁶⁴ (Subrayado nuestro).

El cambio en la interpretación de la SIC parece acertado, debido a que incluir la intención de integrarse dentro de los supuestos subjetivo u objetivo no tiene un sustento claro. Lógicamente, para poder excluir los acuerdos de colaboración del régimen de control de integraciones necesita de una base legal. La Resolución 4851 trató de hacerlo vía no cumplimiento de los supuestos del artículo

63 Resolución 42296, Hoja No. 6.

64 Resolución 53400, Hoja No. 5. Véase también Resolución 93346, Hoja No. 5.

9 de Ley 1340 de 2009. Sin embargo, el error fue considerar que este artículo define cuándo hay integración, lo cual fue corregido en la Resolución 42296, y extendido en las Resoluciones 53400 y 93346.

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece básicamente que cuando quiera que una operación, sea cual sea su forma jurídica, constituya una integración empresarial, esta deberá ser informada a la SIC si se cumplen ciertos requisitos. Por ende, la determinación de si hay o no integración es *anterior* al análisis de supuestos. Esto sí se encuentra explícito en la Resolución 42296, ya que establece que para determinar si una operación se debe informar se deben verificar dos elementos, “(i) si la transacción constituye o no una integración; (ii) si la transacción cumple con los supuestos subjetivo y objetivo (...)”⁶⁵.

Si una operación no es una integración, como en el caso de los acuerdos de colaboración entre competidores, los supuestos subjetivo y objetivo no deben entrar a analizarse. Esta fue la conclusión a la que llegó la SIC en la Resolución 42296, lo cual la SIC había confundido en la Resolución 4851. La Resolución 42296 explica muy bien este análisis en un aparte que lastimosamente no fue reproducido en la Resolución 53400:

“La determinación de si una transacción constituye o no una integración empresarial es relevante para saber cuál es el régimen jurídico aplicable a la misma. Si se determina que la operación es una integración empresarial, a dicha transacción le será aplicable el régimen del artículo 9 de la Ley 155 de 1959 <sic> (...). Si se determina que el régimen aplicable a una operación no es una integración sino un simple acuerdo de colaboración, el régimen aplicable será el ex post.”⁶⁶

La Resolución 53400, a pesar de que retomó la discusión sobre los supuestos de la Ley 1340 de 2009, también reconoció lo

65 Resolución 42296, Hoja No. 5; Resolución 93346, Hoja No.4.

66 Resolución 42296, Hoja No. 7.

anterior, toda vez que estableció que hay casos donde los supuestos se cumplen pero la operación es algo diferente a una integración, por lo que no está sujeta al control de la SIC⁶⁷. Sin embargo, la forma de explicarlo de la Resolución 42296 es mucho más clara y absolutamente explícita.

Es importante también anotar cómo la SIC eliminó la intención de las partes en la Resolución 42296. Si bien la Resolución 4851 sí hace referencia expresa a la intención, la Resolución 42296 se limita a establecer que un acuerdo puede no ser una integración, eliminando el peligroso criterio de dejar a la intención de las partes la naturaleza de un determinado acuerdo. El espinoso tema de la intención de las partes tampoco fue recogido en la Resolución 53400.

Por último, la interpretación de la SIC en la Resolución 42296 es consecuente con el análisis establecido para determinar si un acuerdo de colaboración genera problemas de competencia. Como se mencionó anteriormente⁶⁸, de las Resoluciones 4851, 42296 y 53400 se concluye que la SIC debe primero analizar si un acuerdo entre compañías es o no un “acuerdo de colaboración”, y solo si lo es, analizar si trae problemas. Ese paso de determinar si hay o no un “acuerdo de colaboración” es la base de la exclusión de estos acuerdos del régimen de control de integraciones. De ese análisis puede concluirse que el acuerdo es en realidad una integración, y solo allí se entra a analizar el cumplimiento de los supuestos subjetivo y objetivo.

Así las cosas, la interpretación de la SIC respecto de los acuerdos de colaboración lleva a la conclusión de que la entidad comprende que existen acuerdos entre compañías que no son integraciones, por lo que no están sujetas al régimen de control de

67 De hecho, la Resolución 553 de 2013 contiene un análisis similar, en tanto que entiende que hay operaciones entre compañías que no constituyen una integración empresarial, por lo que no deben ser analizadas a través del procedimiento de control de integraciones. Resolución 553 de 2013, Hoja No. 40.

68 Véase *supra*, Sección 2(b).

integraciones. El elemento determinante no es que la ausencia de integración excluya alguno de los supuestos de la Ley 1340 de 2009, como lo dice la Resolución 4851, sino que la ausencia de integración es un análisis anterior al de cumplimiento de requisitos, por lo que estos no son relevantes cuando lo que existe es un acuerdo de colaboración entre competidores, como lo establecen las Resoluciones 42296 y 53400.

3. LOS RIESGOS DERIVADOS DE LAS INTERPRETACIONES DE LA SIC

Las Resoluciones 4851, 42296 y 53400 sientan un precedente importante para el control de integraciones en Colombia. El hecho que los acuerdos de colaboración entre competidores no constituyan integraciones dinamiza las relaciones entre compañías.

No obstante, el hecho de que estas interpretaciones no estén contenidas en una ley, en la Circular Única de la SIC o en otro documento positivo, genera incertidumbre en cuanto a la aplicabilidad de la tesis. Esta inseguridad se representa principalmente en dos riesgos importantes: (i) no informar un acuerdo que luego la SIC interprete como una integración no informada, y (ii) realizar un acuerdo de colaboración exento del deber de informar, pero que genere problemas de competencia que lo conviertan en un acuerdo anticompetitivo sancionable.

La exposición a estos riesgos no es menor, debido a que cualquiera de los dos acarrea multas considerables contra personas jurídicas y contra personas naturales. No obstante, estos dos riesgos pueden ser mitigados por la SIC para dar plena aplicabilidad a su interpretación.

a. El riesgo de no informar

El primero de los riesgos relacionados con los acuerdos de colaboración entre competidores es el que surge a partir de que las par-

tes consideren que su operación es un acuerdo de este tipo y no una integración empresarial. Puede ocurrir que la SIC investigue la operación y concluya que alguno de los elementos no se presenta, considerando que se ha incumplido el deber legal de informar.

Ante este riesgo, resulta aconsejable presentar el acuerdo a la SIC a través de control de integraciones para obtener una decisión de la SIC que dé seguridad a las partes. Aun cuando parezca claro que un acuerdo no constituye integración, es mucho más seguro tener una decisión que así lo establezca que arriesgarse a una eventual investigación. No obstante, preparar una solicitud de pre-evaluación o una notificación no es sencillo, por lo que sería a todas luces más beneficioso para las compañías no informar a la SIC si no es necesario.

En la UE también se reconoce la existencia de este problema. Los acuerdos entre competidores que caigan bajo el régimen de control de concentraciones gozan de mayor seguridad, debido a que de ser autorizados se reconoce que no traen problemas para la competencia. Sin embargo, cuando un acuerdo está fuera de este régimen, el acuerdo solo será lícito mientras no viole el artículo 101 del TFUE, tanto al momento de su establecimiento como a lo largo de su existencia jurídica. Se ha tratado de remediar vía la ampliación de la definición de “concentración” y dando un trato diferenciado a los acuerdos de colaboración frente al análisis de posibles violaciones del artículo 101 del TFUE⁶⁹.

Por ello, para mitigar este riesgo es posible pensar en un trámite expedito para acuerdos de colaboración entre competidores. Un trámite en el cual las partes presenten a la SIC sus consideraciones de por qué el acuerdo no constituye una integración empresarial y no está sujeto al deber de informar. La información que se acompañe a la solicitud presentada a la SIC debe ser de menor volumen que una solicitud de pre-evaluación, o de lo contrario no habrá in-

69 Véase: JONES y SUFRIN, pág. 871.

centivo para acudir al procedimiento. La SIC, en un término corto, decidiría si en efecto el acuerdo constituye o no una integración. Esto brindaría a las partes la seguridad de que no serán investigadas, ni sancionadas, posteriormente por una infracción al deber de informar si la SIC determina que no hay integración.

Ahora bien, el análisis de la SIC se limitaría a determinar si la operación es o no una integración y si debe o no ser informada. La decisión no daría a las partes vía libre para actuar de manera contraria a las normas de libre competencia con la justificación de que su acuerdo ya fue analizado por la SIC. De hecho, la SIC reconoció en la Resolución 42296, y reiteró en la Resolución 93346, que *“el hecho de que determinada transacción no sea una integración empresarial no implica que la misma quede por fuera de la órbita del derecho de la competencia (...) si la transacción es utilizada para realizar una conducta anticompetitiva o de cualquier forma restringir la competencia, deberá ser investigada y sancionada por esta Superintendencia”*⁷⁰.

Ergo, a pesar de que la SIC decidiera, en el procedimiento propuesto, que un acuerdo no es una integración, esto no implicaría que las compañías puedan comportarse en contravía a las normas de competencia.

b. Acuerdos de colaboración que generan problemas de competencia

El segundo de los riesgos se refiere a aquellos casos en los que un acuerdo de colaboración no es una integración, por lo que no debe ser informado a la SIC, pero que puede generar problemas de competencia. En tal caso, una investigación de la SIC podría derivar en declarar el acuerdo como anticompetitivo, sujeto a las sanciones de la Ley 1340 de 2009.

⁷⁰ Resolución 42296, Hoja No. 7. Véase también Resolución 93346, Hoja No. 7.

El problema en este caso surge del criterio para determinar que un acuerdo de colaboración es restrictivo de la competencia. Recordemos que la Comunicación 11/01 determina que un acuerdo de cooperación horizontal no será contrario a la prohibición de acuerdos anticompetitivos (artículo 101, apartado 1, del TFUE) cuando cumple con los 4 elementos establecidos en la excepción del artículo 101, apartado 3, del TFUE (a saber: mejoras de eficiencia, indispensabilidad, beneficio al consumidor y no eliminación de la competencia). Cuando concurren los 4 elementos, el acuerdo no será violatorio de la prohibición del artículo 101, apartado 1, del TFUE.

La situación de la UE es mucho más clara y tajante que la que se desprende de las Resoluciones 4851 y 53400. Como se mencionó antes en este documento⁷¹, las decisiones de la SIC no determinan de manera absoluta el que si se cumplen los 5 criterios establecidos allí (es decir: participación inferior a 20%, mejoras de eficiencia, indispensabilidad, beneficio al consumidor y no eliminación de la competencia) el acuerdo no tendrá efectos anticompetitivos. Los requisitos se tratan de manera meramente indicativa, lo cual produce una falta de seguridad jurídica para las partes. Además, no tienen sustento en una excepción o norma concreta, como sí sucede con el artículo 101 del TFUE, lo cual acentúa los problemas de seguridad jurídica.

Este riesgo se puede minimizar a través de dos vías. En primer lugar, es conveniente que los elementos utilizados para el análisis de restricción de la competencia sean plasmados en algún documento legal que tenga una fuerza mayor que decisiones puntuales de la SIC. Si bien estas pueden guiar actuaciones posteriores de la SIC, la interpretación puede ser cambiada o modificada muy fácilmente. Basta ver cómo varios de los puntos analizados en la Resolución 4851 fueron modificados al poco tiempo mediante lo establecido en las Resoluciones 42296 y 53400.

71 Véase *supra* Sección 2(b).

Frente a este punto, una solución viable sería publicar unas guías de análisis al respecto, como existe en la UE. De hecho, un proyecto de guías de la SIC existe; sin embargo, las guías no han sido publicadas. Además, la Circular Única de la SIC debe ser modificada de manera que los acuerdos de colaboración que no constituyan integraciones, con base en lo dispuesto en las guías propuestas, sean expresamente excluidos del control de integraciones. De hecho, la inclusión de esta modificación puede realizarse al tiempo con el establecimiento del procedimiento que se discutió en la sección anterior, en relación con un posible pronunciamiento definitivo de la SIC respecto de la naturaleza de integración o no de acuerdos de colaboración entre competidores.

Por otra parte, estas guías, o documento de otro tipo, deben definir muy bien los criterios a utilizar para que las partes estén seguras de que su acuerdo no genera problemas de competencia. Aunque es muy difícil, a decir verdad imposible, generar un listado de criterios que apliquen de manera idéntica a cualquier acuerdo de colaboración entre competidores, el examen no puede dejarse tan indeterminado como está actualmente. Por ejemplo, las Resoluciones 4851 y 42296 determinan que cuando concurren los 5 elementos enumerados por la SIC no hay problemas de competencia como regla general. Debería ser una afirmación absoluta: cuando concurren los 5 elementos (o más, si la SIC considera que se deben agregar otros), se entiende que el acuerdo no genera problemas de competencia.

Una base sólida de reglas que, aunque abiertas a algún nivel de análisis caso a caso, generen seguridad acerca de la potencialidad anticompetitiva de un acuerdo de colaboración es una herramienta necesaria para que los agentes de cualquier mercado no solo lleven a cabo estos acuerdos, sino para que lo hagan conociendo los límites del mismo y con la seguridad de no estar infringiendo las normas de competencia.

CONCLUSIONES

Los acuerdos entre competidores no necesariamente significan daño a los consumidores y al mercado. De hecho, los mismos pueden ser beneficiosos, por lo que deben ser incentivados por las normas de competencia. No obstante, no dejan de ser acuerdos entre agentes que se encuentran en competencia, por lo que su análisis amerita un tratamiento especial. Esto lo ha reconocido la UE y, como se vio, lo ha adoptado la SIC.

Sin embargo, las reglas establecidas por la SIC tanto en integraciones como respecto de acuerdos anticompetitivos en tratándose de acuerdos de colaboración entre competidores está aún en desarrollo. Las cuatro decisiones de la SIC al respecto han sido consecuentes, pero han reflejado variaciones en algunas interpretaciones.

Seguramente vendrán más decisiones, y tal vez algún otro tipo de regulación, que fortalecerán y sentarán firmemente las bases del tratamiento de los acuerdos de colaboración. Precisamente se necesita este tipo de desarrollo para que los agentes del mercado vean estos acuerdos como una alternativa viable y útil para sus intereses comerciales, sobre todo en lo que respecta al régimen de integraciones empresariales.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Europea; Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas; 2008/C 95/01

Comisión Europea; Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal; 2011/C 11/01

Comisión Europea, P&O/Stena Line [1999] OJ L163/61.

JONES, ALISON Y SUFRIN, BRENDA, EU Competition Law, Cuarta Edición, Oxford University Press (2011)

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 51320 de 2009

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 30238 de 2012

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 553 de 2013

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4851 de 2013

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 42296 de 2013

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53400 de 2013

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 93346 de 2013

