



URIBE • YÁÑEZ

A s e s o r e s L e g a l e s

ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA



URIBE y YÁÑEZ



TABLA DE CONTENIDOS

1

¿QUÉ ES UN
ACUERDO?

2

ACUERDOS DE
COOPERACIÓN EN
INVESTIGACIÓN Y
DESARROLLO

3

ACUERDOS SOBRE
CUMPLIMIENTO DE
NORMATIVIDAD NO
OBLIGATORIA

4

ACUERDOS DE FORMAS
DE UTILIZACIÓN DE
FACILIDADES COMUNES

5

ACUERDOS DE
FACILIDADES COMUNES



1

¿QUÉ ES UN ACUERDO?

De conformidad con el Decreto 2153 de 1992, un acuerdo es “*todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*”.¹

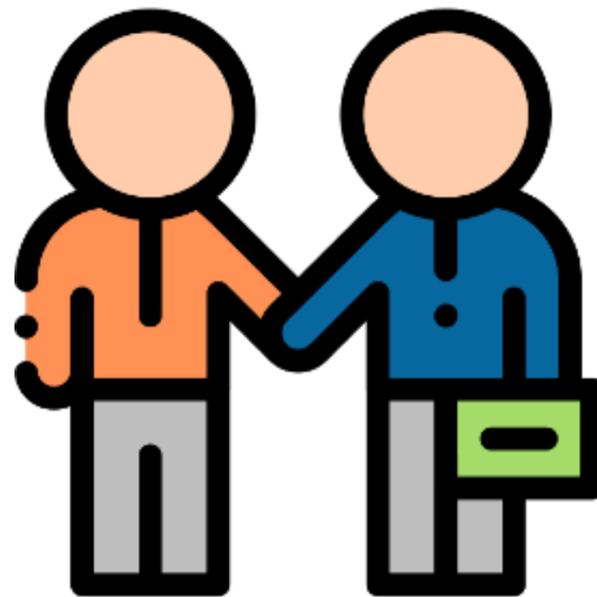


1. Numeral 1. Artículo 45. Decreto 2153 de 1992. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html



1

¿Cuántas personas se requieren para que haya un **acuerdo**?



0





2

¿Pueden dos o más sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial celebrar un **acuerdo restrictivo de la competencia**?

No se cumple el objeto del acuerdo (dos o más empresas que compiten en un mercado concurrencial).





3

¿Pueden dos o más sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial celebrar un acuerdo restrictivo de la competencia?



“El grupo empresarial es el conjunto de una o más sociedades independientes jurídicamente entre sí, pero que se encuentran bajo un control o subordinación ejercido por una matriz o controlante y sometidas a una dirección unitaria (...).”



Un acuerdo se celebra entre dos o más empresas que compitan de manera independiente. No es factible que dos empresas controladas por una dirección unitaria posean un sentido competitivo distinto.



4 — ¿Qué es la **competencia inter-marca**?



“Cada una de estas marcas puede ser la preferida de diferentes compradores dispuestos *a pagar un precio más alto o a comprar un producto de una marca con más frecuencia que otro.*”³

3. Tomado de Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales (2006).

La diapositiva antes presentada no genera o indica un vínculo jurídico, contractual y/o comercial directo o indirecto de Uribe Yáñez Asesores Legales con las marcas expuestas.

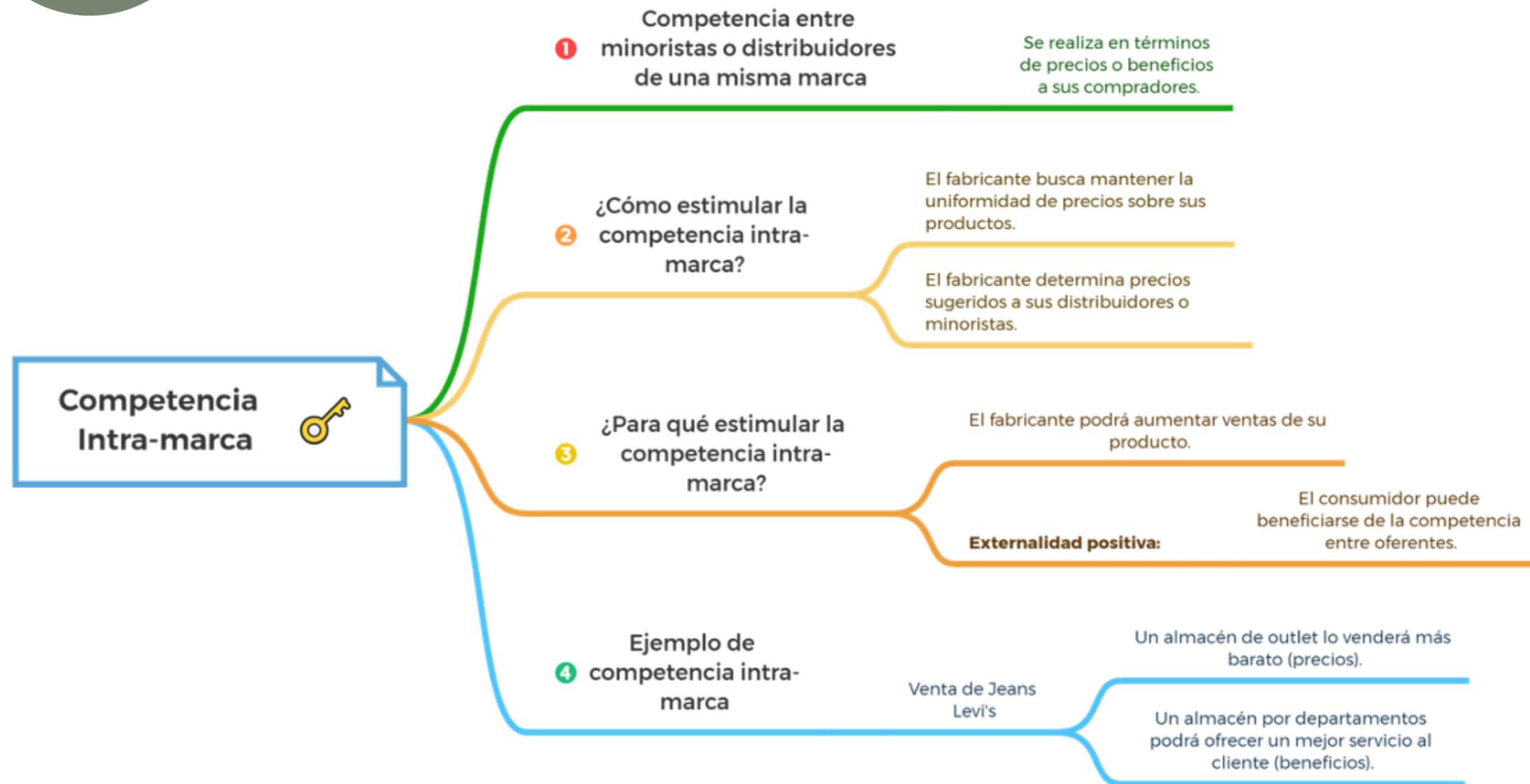


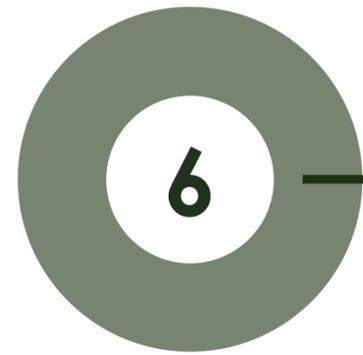
URIBE Y YÁÑEZ



5

¿Qué es la **competencia intra-marca**?

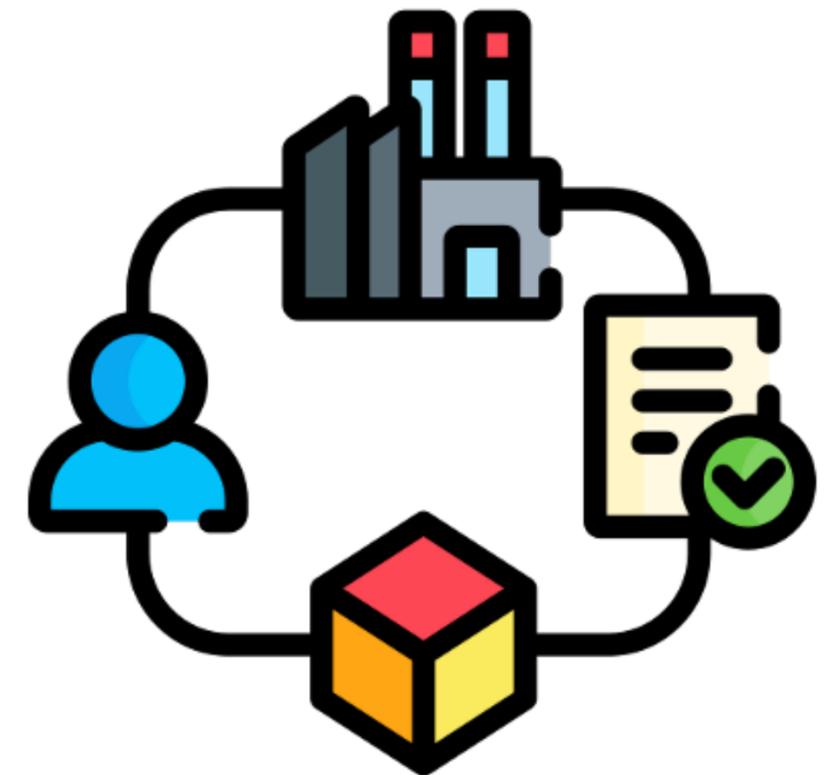




¿Qué es una **cadena de valor**?

“Describe el rango completo de actividades necesarias para crear un producto o servicio. Para las empresas que producen bienes, esta cadena comprende los pasos que llevan (SIC) un producto desde la etapa de concepción hasta la de distribución.”

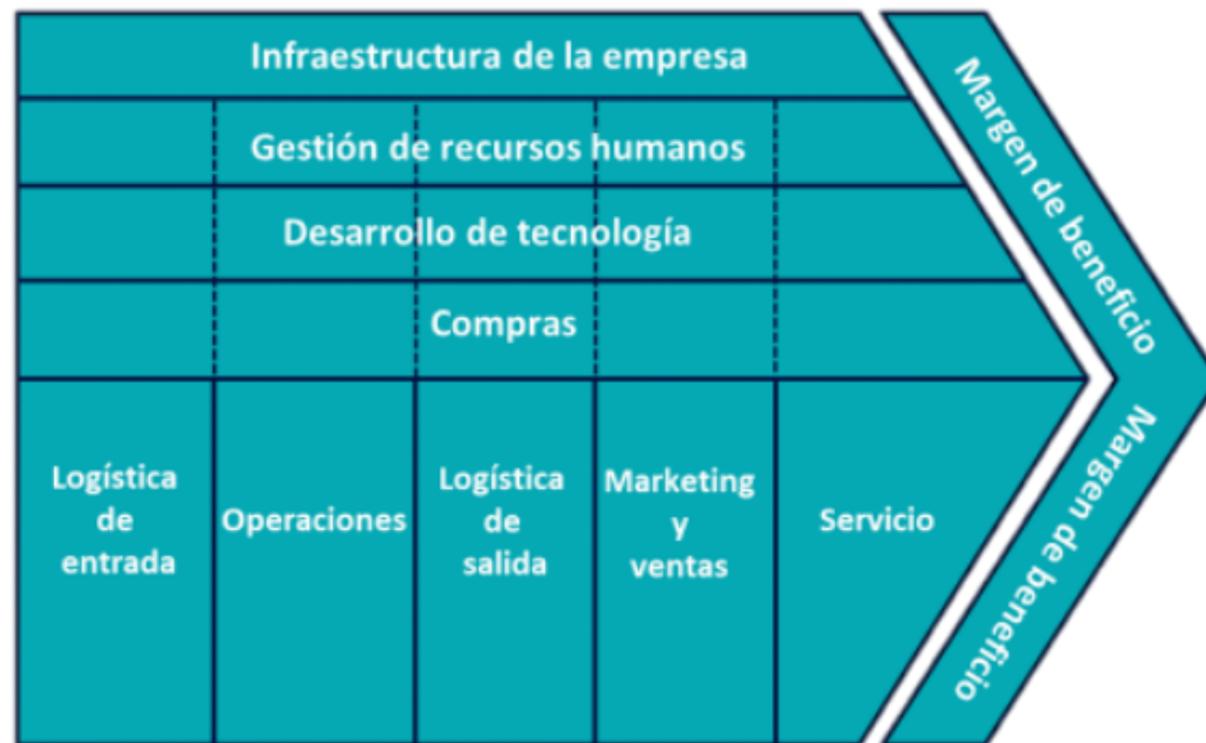
4



6

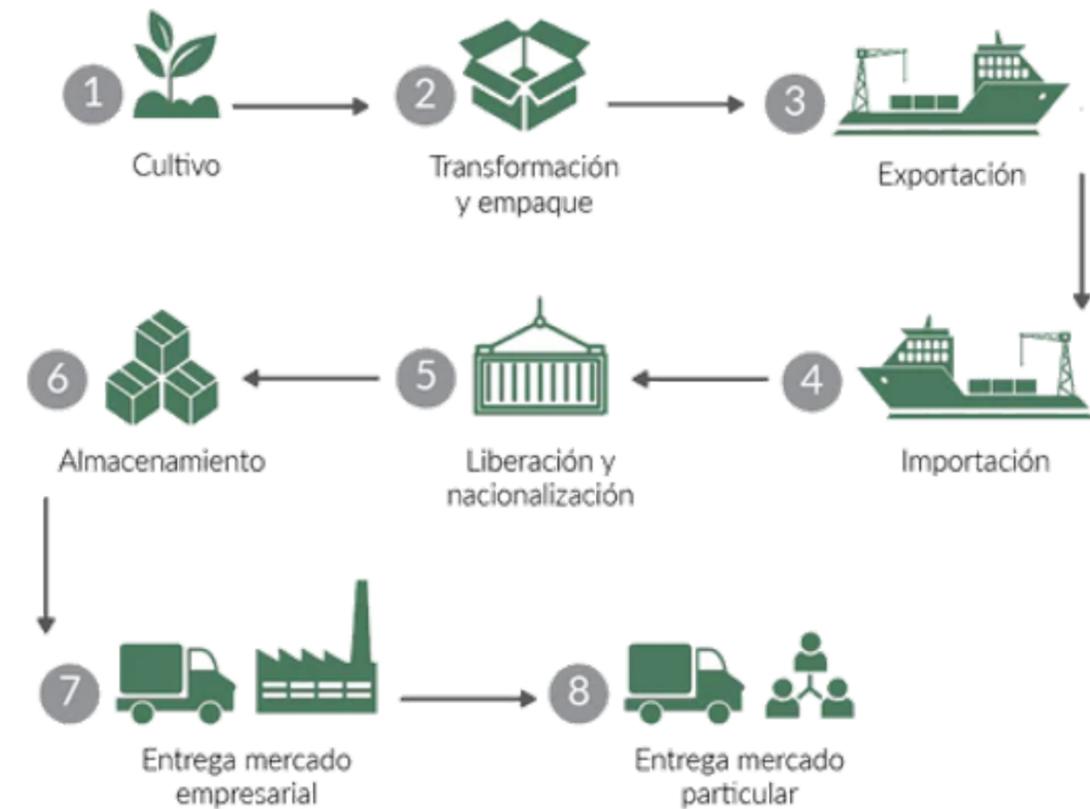
¿Qué es una **cadena de valor**?

Ejemplo de cadena de valor de una empresa:

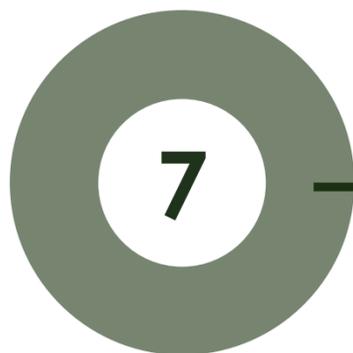


Tomado de Economipedia.

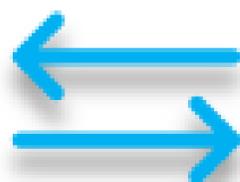
¿Cómo se ve la cadena de valor diariamente?



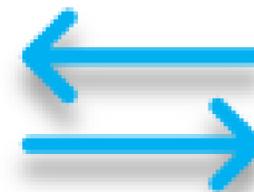
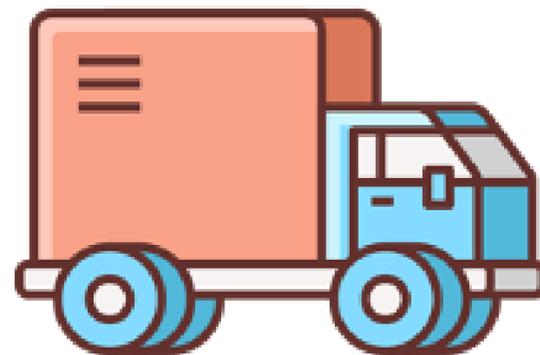
Tomado de formalfruits.



¿Qué es un **acuerdo horizontal**?



Entre granjeros de un municipio



Entre distribuidores de un mismo sector productivo

Convenio o pacto entre agentes de un mismo eslabón de la cadena de producción.

8

¿Qué es un **acuerdo vertical**?

Convenio o pacto entre agentes de que pertenecen a distintos eslabones de la cadena de producción.

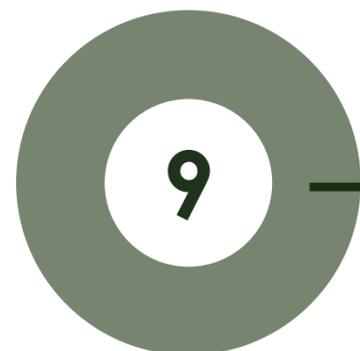
Comercializadora



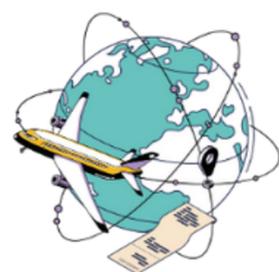
Distribuidor

Productor





¿A qué se hace referencia cuando se pregunta si algo es **horizontal o vertical**?



Comercializadora



Distribuidor A



Distribuidor B



Distribuidor C



Productor

Se refiere al tipo de acuerdo realizado en la cadena de valor:

Acuerdo
Vertical



Entre la comercializadora, el
distribuidor o el productor.



Acuerdo
Horizontal



Entre el distribuidor A, B o C.





10

¿Puede un **acuerdo vertical** ser restrictivo de la competencia?



La restricción vertical de la competencia se origina cuando las relaciones entre los diferentes agentes de la cadena de valor terminan afectando su libertad de acción.



Existen muchos acuerdos verticales que trasladan los beneficios al consumidor, como las excepciones de bloque o las de repartición de mercados para mejoramiento en distribución.



Los acuerdos verticales sí pueden ser restrictivos de la competencia, sin embargo, se deberá determinar sus efectos neutros o pro-competitivos y contrastarlos con sus efectos anticompetitivos.*

*Revise el caso "Resolución No. 16562 de 14 de abril de 2015. Exp. Rad. 11-137432. Caso: Roa-Florhuila."



11

— ¿Todo **acuerdo horizontal** es restrictivo de la competencia?

No, siempre que esté enmarcado en los siguientes tipos de acuerdos:



- Acuerdos de investigación y desarrollo.



- Acuerdos de comercialización.



- Acuerdos de producción.



- Acuerdos de estandarización.



- Acuerdos de compra.

12

¿Qué es un **acuerdo de colaboración**?

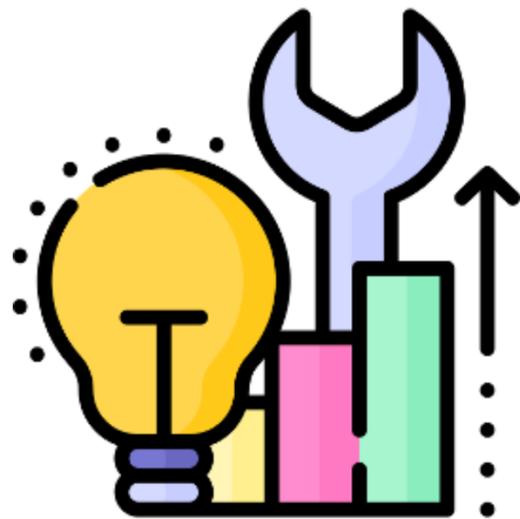
“Es aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva, y que están compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones con el fin de alcanzar ⁵ determinadas metas comerciales”.





13

¿Cuáles son los **3 elementos** que deben estudiarse para determinar si un acuerdo de colaboración es o no ilegal-restrictivo de la competencia?



Mejoras en
Eficiencia



Carácter
Indispensable



Beneficio al
Consumidor



14

¿A qué se hace referencia cuando se pregunta si algo es **horizontal o vertical**?

La SIC entenderá que un acuerdo es competitivo, cuando a pesar de sus potenciales efectos negativos, cumple con los siguientes elementos:

1 El acuerdo produce mejoras en eficiencia:

- Las empresas involucradas tienen mayor rentabilidad juntas.
- Ejemplos: Ahorros en costos, producción, adquisición, distribución o comercialización.

2 Carácter indispensable:

Las empresas involucradas tienen mayor rentabilidad juntas.

Ejemplos: Ahorros en costos, producción, adquisición, distribución o comercialización.



14

¿A qué se hace referencia cuando se pregunta si algo es **horizontal o vertical**?

3 Beneficios para los consumidores:

- Debe procurar un beneficio suficiente al consumidor tal que compense sus potenciales efectos anticompetitivos.
- Las empresas deberán probar sus incentivos al consumidor.





15

¿Cuáles son los 5 tipos de acuerdos de colaboración que se exponen en la **Cartilla de Acuerdos de colaboración de la SIC?**

Tipos de Acuerdos de Colaboración entre Competidores (Horizontales)



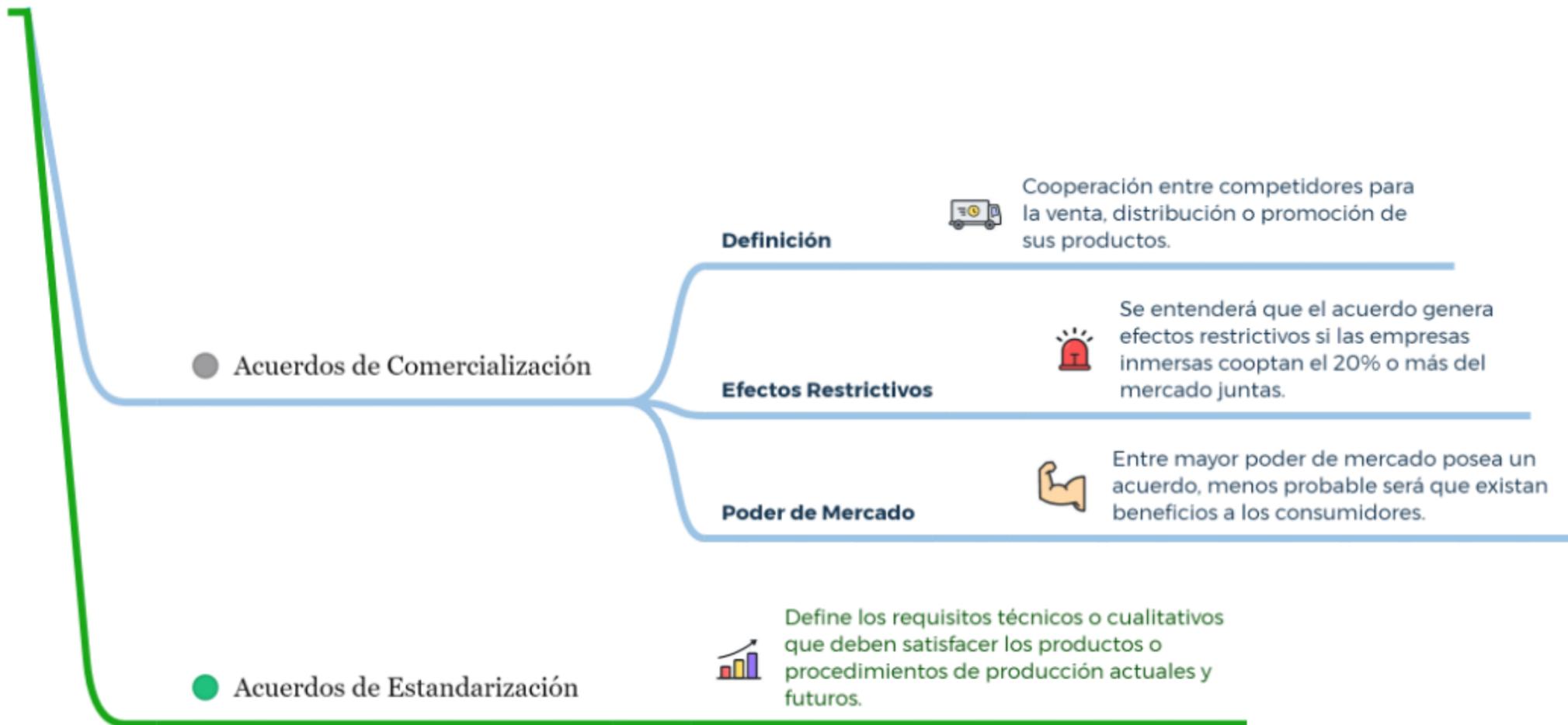


15

¿Cuáles son los 5 tipos de acuerdos de colaboración que se exponen en la **Cartilla de Acuerdos de colaboración de la SIC?**



Tipos de Acuerdos de Colaboración entre Competidores (Horizontales)





16

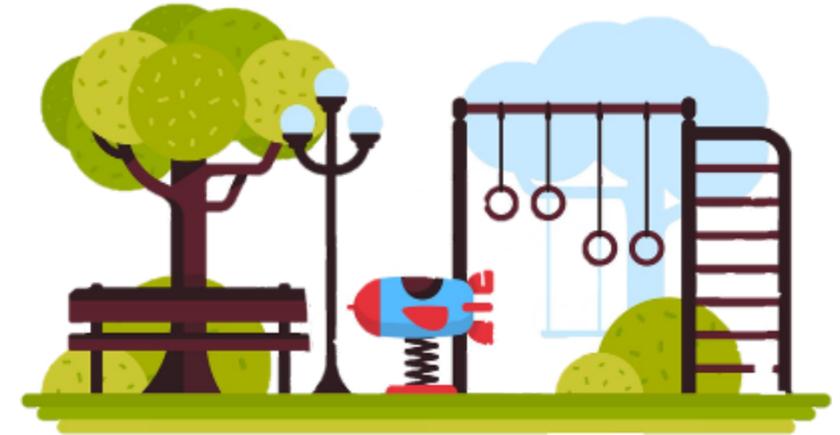
¿Qué acuerdos se encuentran exceptuados por el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992?



Cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.



Acuerdos sobre cumplimientos de medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente.



Procedimientos y sistemas de utilización de facilidades comunes



2

ACUERDOS DE COOPERACIÓN EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO



ASPECTOS GENERALES DEL ACUERDO

Permite a sus participantes combinar:

- Bienes complementarios.
- Tecnología.
- Know-how (técnicas imprescindibles para llevar a cabo el proceso comercial).

Su finalidad debe ser la eficiencia, creación de nuevos o mejores bienes o la simplificación en los procesos de producción.

Normalmente estos acuerdos NO producen efectos restrictivos.

Por el contrario, su efecto es neutro y la legislación colombiana no los prohíbe.



3

ACUERDOS SOBRE CUMPLIMIENTOS DE NORMATIVIDAD NO OBLIGATORIA

Información tomada de <https://fliplet.com/blog/5-steps-to-prepare-for-a-dawn-raid/>

¿Por qué la Superintendencia de Industria y Comercio no investigará estos acuerdos?:

No se investigarán acuerdos que busquen cumplir normas optativas si se halla que:

- Intentan generar mayor eficiencia.
- Procuran establecer una estructura de costos más rentable.
- Buscan el bienestar y beneficio de los consumidores.

Es decir, el acuerdo será analizado bajo los factores de competitividad de la SIC.





4

ACUERDOS DE FORMAS DE UTILIZACIÓN DE FACILIDADES COMUNES



FACILIDADES ESENCIALES

Definición dispuesta en la Resolución No 56488 de 2013 (SIC):

- Serán todos aquellos bienes o activos tangible e intangibles indispensables para competir en el mercado. Sin estos, el competidor estará gravemente en desventaja frente al resto.
- Ejemplo: Licencias, patentes, construcciones especializadas para el comercio (puerto, fábrica, sucursal).



FACILIDADES COMUNES (USADAS EN ESTE ACUERDO)

Bienes o servicios utilizados por diversos actores de un mercado y no pertenece, privativamente, a ninguno de ellos (SIC, 2013).

- No existe derecho exclusivo de uso sobre el bien o servicio.



17

¿Quién debe probar que un acuerdo se encuentra exceptuado conforme al **artículo 49 del Decreto 2153 de 1992**?



Empresa A



Empresa B



Acuerdo bajo los 3 requisitos (indispensabilidad, beneficios a consumidores y mejoras en eficiencia).



Los investigados tendrán la carga de la prueba, sobre la licitud de su acuerdo, ante la SIC.

Las excepciones en los acuerdos son*:
(I) Cooperación en investigaciones;
(II) Acuerdos sobre estándares no obligatorios;
(III) Procedimientos y formas de utilizar facilidades comunes.

*En todo caso, las partes investigadas deberán probar que el objeto del acuerdo cumple dichas excepciones (Art. 49, Decreto 2153 de 1992)



18

¿Quién debe probar que un acuerdo se encuentra exceptuado conforme al **artículo 49 del Decreto 2153 de 1992?**

Es fundamental recordar que la actividad probatoria se llevará a cabo expost a la realización del acuerdo. La SIC requerirá a las partes inmersas en el acuerdo para que pruebe, principalmente, los siguientes:

- Indispensabilidad del acuerdo;
- Indispensabilidad del acuerdo;
- Indispensabilidad del acuerdo;

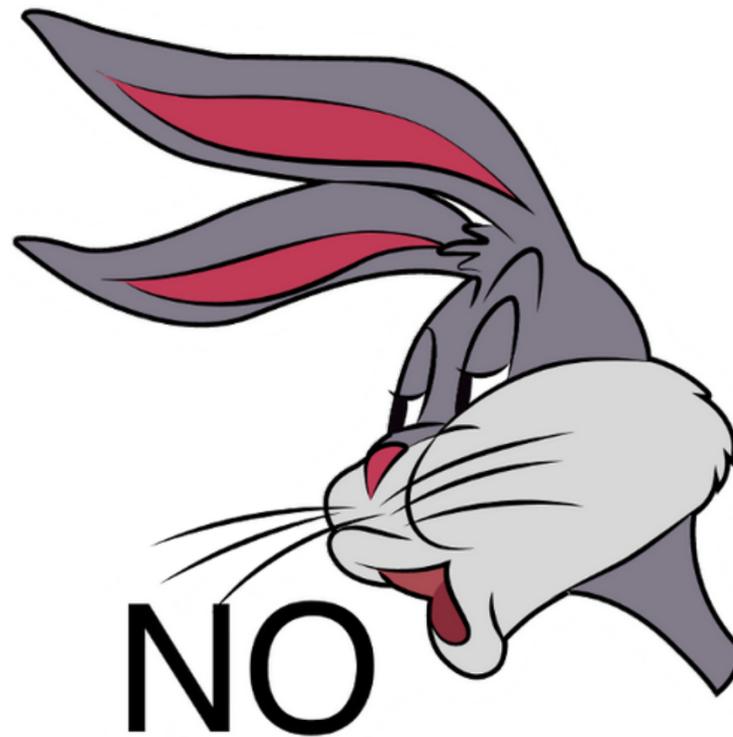


Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA



19

Los acuerdos restrictivos de la competencia ¿están específicamente **tipificados en la ley?**





20

Los acuerdos restrictivos de la competencia ¿están específicamente tipificados en la ley?



Dentro del Art. 47 del Decreto 2153 de 1992, se tipifican ciertos acuerdos restrictivos de la competencia.



¿Qué sucede si surge un acuerdo que restringe la competencia no está tipificado en el Art. 47 del Decreto en mención?



Se recurre a la cláusula de prohibición general. En tal sentido, es claro que la lista no es taxativa y pueden surgir acuerdos contrarios a la libre competencia que no estén tipificados en la ley.



21

Los acuerdos restrictivos de la competencia ¿están específicamente tipificados en la ley?



En sentencia C-032 de 2017, la Corte Constitucional declara que es exequible la expresión “y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.



En dicha sentencia, la Corte establece que la frase no viola el principio de tipicidad o igualdad del debido proceso.



Se debe leer dicha frase en concordancia con el sistema legal de la competencia creado por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas.



22

A la luz del régimen de protección de la competencia
¿qué **formalismos** se exigen para que exista un acuerdo?
¿qué **tipologías** de acuerdos consagra la definición del
artículo 45 del Decreto 2153 de 1992?

No existen formalismos exigidos para el nacimiento de un
acuerdo.

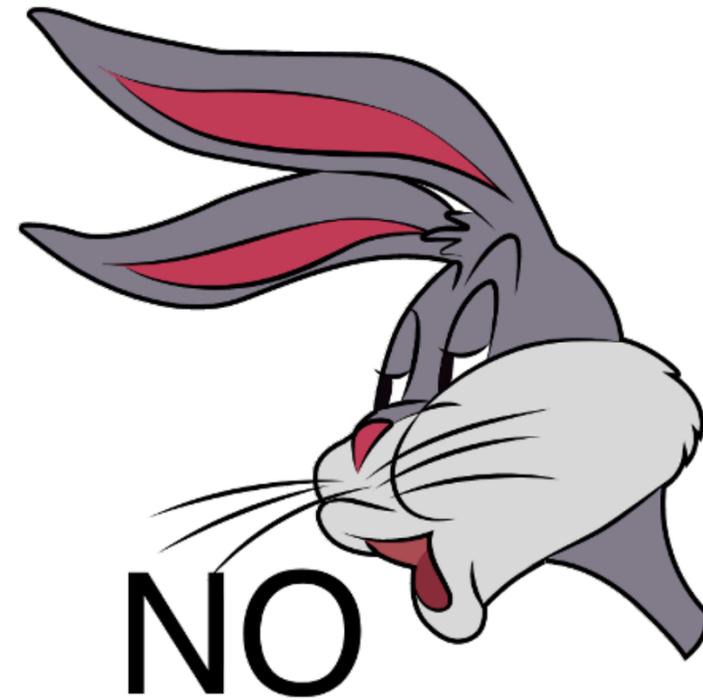




23

Desde una perspectiva económica
¿puede una empresa, que no tiene
posición de dominio, restringir la
competencia?

Litigio





24

¿Es permitido **intercambiar información** entre competidores?



El Art. 47 del Decreto 2153 de 1992 no constituye como contrario a la libre competencia el traspaso de información entre competidores.



Sin embargo, podría constituirse como una prueba indiciaria de un acuerdo el intercambio sostenido de información entre competidores o agentes económicos de un mismo mercado.

25

¿Qué se entiende por **información histórica, actual y futura?**



Histórica: Información de operaciones de la empresa que datan de hace 6 meses o más.

Right Now!

Actual: Conjunto de datos que establezcan el proceder actual de la empresa de manera financiera, contable, administrativa, etc.



Futura: Información concerniente a operaciones comerciales o de inversión que tenga pensadas hacer la empresa.



26

¿Qué se entiende por **información histórica, actual y futura?**

¿Por qué es importante establecer el tipo de información de acuerdo a su época de emisión?:

- Si es información **histórica**, su transferencia a competidores no debería generar una restricción de la competencia o un favorecimiento indebido;
- Si es información **actual**, su circulación debería ser restringida, de manera que no se afecte la libre competencia. Sin embargo, existen excepciones;
- Si es información **futura**, es claro que su transferencia podría afectar las decisiones del mercado (siempre y cuando se tenga poder de mercado) o de los competidores.

27

¿Qué se entiende por **información histórica, actual y futura**?



¿Por qué resulta relevante determinar si la información es histórica, actual o futura?:



La determinación temporal de la información le indicará a la SIC su relevancia frente a variables de competencia de un agente económico.



En general, el traspaso de información actual se pueden establecer como pruebas indiciarias a la autoridad de competencia para entender que se están tranzando acuerdos entre agentes económicos;



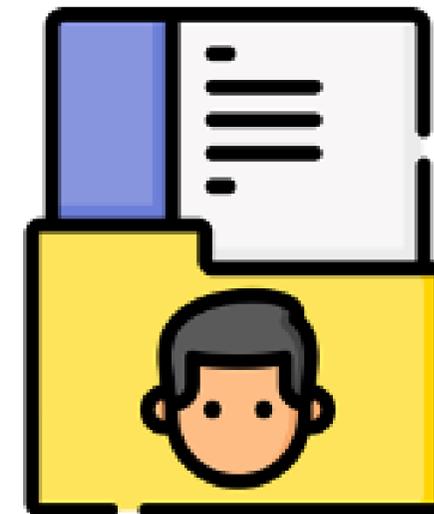
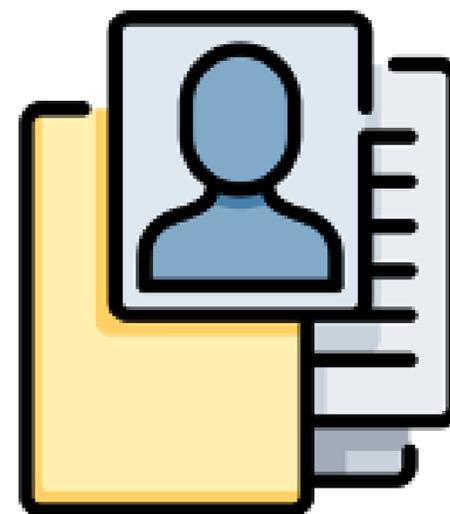
En cambio, el traspaso de información pasada y futura deberá someterse a criterios objetivos que indiquen si esta tiene la capacidad de determinar o cambiar las condiciones del mercado.



28

¿Qué se entiende por **información sensible**?

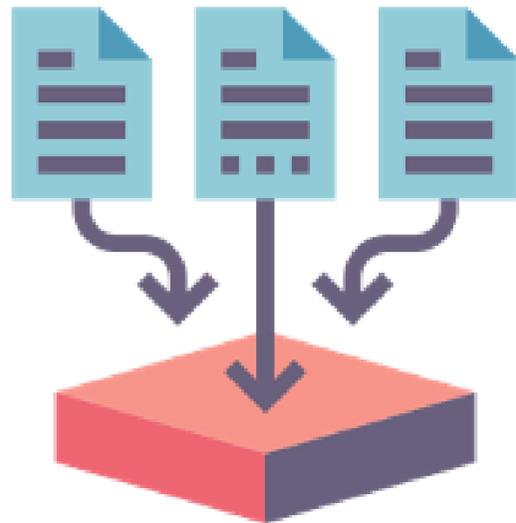
“Aquella información, así definida por su propietario, cuya revelación, alteración, pérdida o destrucción puede producir daños importantes a la organización propietaria de la misma.”⁶



29

¿Qué se entiende por **información desagregada y agregada**?

Información Agregada



Def. La desagregación de datos se refiere a la separación de la información recabada en unidades más pequeñas para dilucidar las tendencias y los patrones subyacentes. (Iris Paho Home).

Información Desagregada



Def. Conjunto de información recopilada de un grupo de datos individuales. Su fin es el de efectuar comparaciones, estudiar y pronosticar tendencias y obtener información de importancia global. (Pangeanic).



29

¿Qué se entiende por información desagregada y agregada?

Información Desagregada

Problemática con la entrega a competidores de información desagregada

La entrega de información individualizada y definida permite que un agente económico tenga mayor detalle del obrar y operar del otro, por lo que se produce un efecto negativo en la competencia y podría generar un cambio en el establecimiento de precios, costos de producción, cambio de proveedores y otras variables.

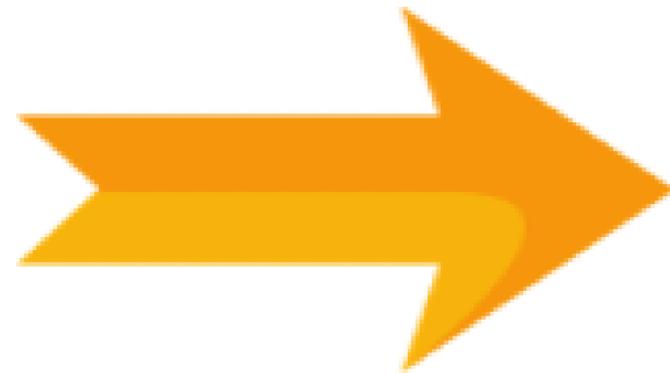




30

Para sancionar a una empresa por la restricción de la libre circulación de las facturas, ¿se requiere de un sujeto calificado?

SI



Pero... **DEPENDE**



31

Las cláusulas de no competencia ¿son ilegales y restrictivas de la competencia?

Obligación Principal



Contraria al ordenamiento jurídico y a las buenas prácticas.

CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA

Obligación Accesorias



Es válida dependiendo sus efectos y si cumple el objeto principal del negocio jurídico.

32

¿Qué se entiende por cláusula accesoria? ¿Por qué es relevante determinar si una cláusula o acuerdo era accesorio o no a fin de determinar si dicho acuerdo es restrictivo de la competencia?



Cláusula Accesorio:

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. (Art. 1499, Código Civil colombiano).



En tal respecto, una cláusula de competencia accesoria será legal cuando esta no sea la obligación principal del contrato.



32

¿Qué se entiende por cláusula accesoria? ¿Por qué es relevante determinar si una cláusula o acuerdo era accesorio o no a fin de determinar si dicho acuerdo es restrictivo de la competencia? ¿Qué es una cláusula de No Competencia?



Las cláusulas de no competencia, como medidas accesorias dentro de una obligación principal, tienen la finalidad de restringir la competencia para que un negocio jurídico cumpla su objeto.



De acuerdo con la SIC, “son aquellas que establecen dos empresas con el objetivo de no disputar la clientela en un mercado determinado durante un cierto tiempo o indefinidamente⁷”. Dicho tipo de acuerdo se precisa como accesorio.



32

¿Qué se entiende por cláusula accesoria? ¿Por qué es relevante determinar si una cláusula o acuerdo era accesorio o no a fin de determinar si dicho acuerdo es restrictivo de la competencia?

Importancia de determinar si la cláusula es accesoria: Su legalidad o ilegalidad.⁸

De conformidad con la Unión Europea , la evaluación de dichas cláusulas se remite a:

- Si en la principal operación no restrictiva es necesaria una determinada restricción;
- Si dicha restricción es proporcional a la realización de la operación principal;
- Si la operación principal no restrictiva resulta compleja o imposible ejecutar sin la efectividad de la cláusula accesoria.



33

¿Puede una empresa ser proveedora de sus competidores? ¿podría Coca Cola venderle botellas de vidrio a Postobón?



No existen disposiciones en contrario al respecto.



5

ACUERDOS DE FACILIDADES COMUNES



Facilidades Esenciales:

Definición dispuesta en la Resolución No 56488 de 2013 (SIC):

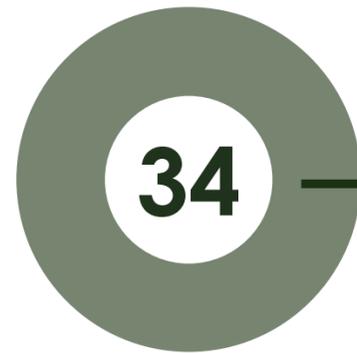
- Serán todos aquellos bienes o activos tangible e intangibles indispensables para competir en el mercado. Sin estos, el competidor estará gravemente en desventaja frente al resto.
- Ejemplo: Licencias, patentes, construcciones especializadas para el comercio (puerto, fábrica, sucursal).



Facilidades Comunes (Usadas en este acuerdo):

- Bienes o servicios utilizados por diversos actores de un mercado y no pertenece, privativamente, a ninguno de ellos (SIC, 2013).
- No existe derecho exclusivo de uso sobre el bien o servicio.





¿Cuál es la diferencia entre un acuerdo y una integración empresarial a la luz del régimen de protección de la competencia?

➤ Acuerdo:

*“Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.*⁹

- Las partes del acuerdo, usualmente, están en el mismo eslabón de la cadena.
- El objeto del acuerdo es que sea temporal y con un objetivo específico.
- No se necesita que cambien su estructura como entidades legales, su control o participación accionaria para materializar el acuerdo.



35

¿Cuál es la diferencia entre un acuerdo y una integración empresarial a la luz del régimen de protección de la competencia?

➤ Integración Empresarial

“Es cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente” (SIC). Sus características son:

- Unión empresarial definitiva de operaciones.
- Participación conjunta en el mercado, donde una empresa posee el control sobre otra.
- Permanencia en el tiempo, cambios de dirección o liderazgo y unidad.

36

Si un acuerdo restrictivo de la competencia es sugerido o convalidado por el Gobierno (i.e. un Ministro), ¿debe entenderse que dicho acuerdo está exceptuado de la aplicación del régimen de protección de la competencia?



Únicamente el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tiene la capacidad legal de avalar acuerdos.



39

¿Debe entenderse que dicho acuerdo está exceptuado de la aplicación del régimen de protección de la competencia?

De acuerdo con el párrafo del Art. 1 de la Ley 155 de 1959:

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

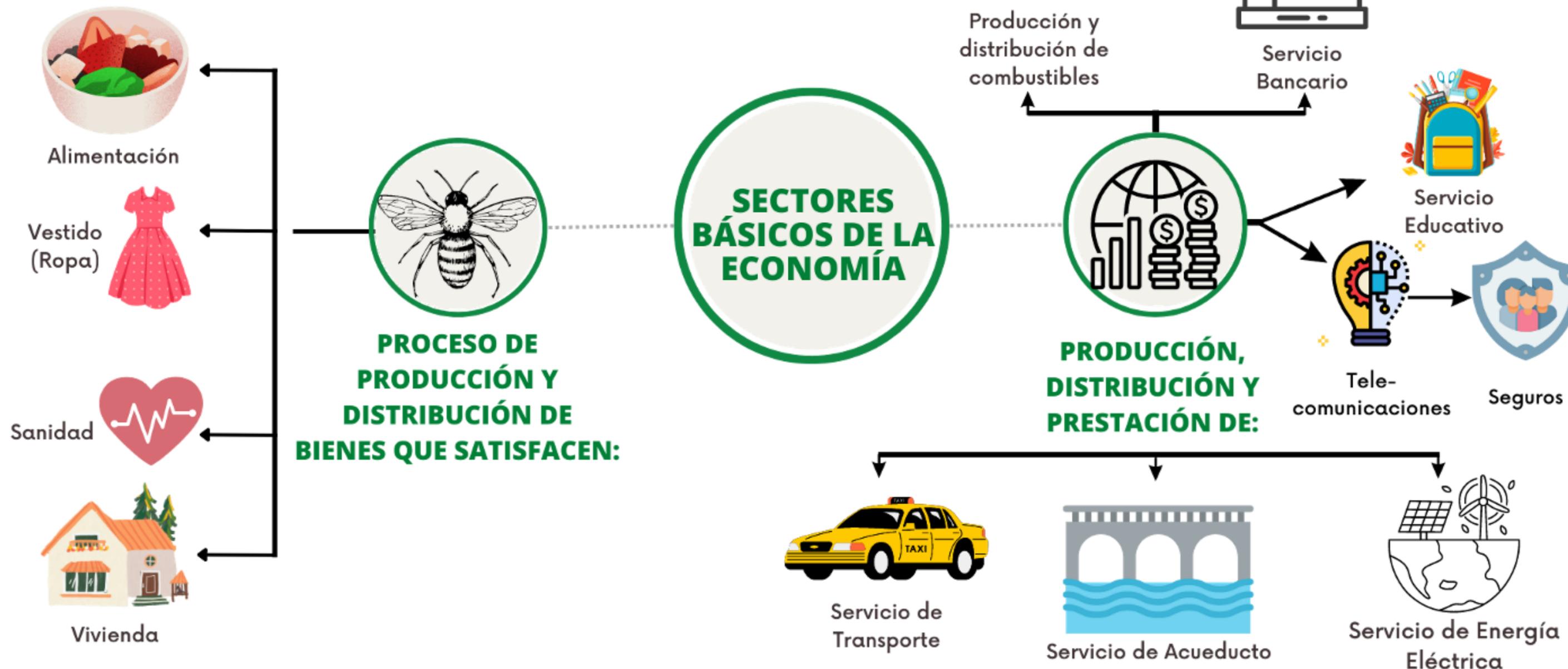
En tal respecto, el Art. 5 de la Ley 1340 de 2009 manifiesta lo siguiente:

Para los efectos del párrafo del artículo 1o de la Ley 155 de 1959, considérese como sector básico de interés para la economía general, el sector agropecuario. En tal virtud, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía.



¿CUÁLES SON LOS SECTORES BÁSICOS DE LA ECONOMÍA?

Decreto 1302 de 1964, Art. 1



Acuerdo sugerido por el Gobierno

51. Si un acuerdo restrictivo de la competencia es sugerido o convalidado por el Gobierno (i.e. un Ministro) ¿debe entenderse que dicho acuerdo está exceptuado de la aplicación del régimen de protección de la competencia?

Facultades para avalar

Únicamente el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tiene facultades para aprobar un acuerdo. **Previamente, emitirá un concepto vinculante y motivado para aceptarlo.**



Requisito Procesal

El acuerdo se entenderá avalado únicamente con el concepto del Ministerio. La SIC deberá acatar y entenderá vinculante dicho concepto



Aplicación del Régimen de Competencia

No es claro si el acuerdo se regula a sí mismo o si el Ministerio, la SIC o el Régimen de Competencia lo rigen.



¿Qué pasa si otro funcionario lo avala?

El funcionario público podría incurrir en el delito de tráfico de influencias por un ejercicio indebido del cargo y atribución de funciones no otorgadas.

Sector básico para la Economía

Para aplicar a un acuerdo planteado por el Gobierno, se debe establecer por ley el sector básico de la economía (i.e. Decreto 1302 de 1964).



Sector Agrícola como sector básico

Cualquier empresa que se desarrolle en el sector agroindustrial podrá acogerse a esta excepción del régimen de competencia.



¿Otros sectores exceptuados?

Aún solo se conoce el caso del Decreto 1302 de 1964 (Ministerio de Agricultura). Sin embargo, podría surgir nueva regulación debido a la variedad de sectores básicos.





40

¿Debe entenderse que dicho acuerdo está exceptuado de la aplicación del régimen de protección de la competencia?

Interrogantes que quedan abiertos a partir dicha disposición:

1. ¿Qué actividades comprenden el sector agrícola?
2. ¿Qué sectores de la industria agrícola se verán acogidos por la excepción?
3. ¿Cuál será el rango de operatividad de la SIC frente a un concepto vinculante del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural?
4. ¿Podrá el acuerdo moderar sus efectos y acciones por sí mismo e imponer condiciones o se entiende que es simple y pleno?

En caso de cumplir el último supuesto, ¿cuál sería la relevancia de la intervención de la SIC si el acuerdo es pleno y “autónomo”?



URIBE y YÁÑEZ

Asesores Legales

Bogotá - Colombia

info@uribeyanez.com; gerencia@uribeyanez.com

Cra. 19B No. 83-02 oficina 304, Edificio Time Square

WWW.URIBEYANEZ.COM