

ESGUERRA ASESORES JURÍDICOS

ÁREA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

BOLETÍN INFORMATIVO

RESOLUCIÓN 20490 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

1. LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

El régimen de protección de la competencia, en particular, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, en concordancia con los artículos 46 y 47 del Decreto 2153 de 1992, prohíben de manera general (los dos primeros) y particular (el tercero), los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o como efecto la generación de distorsiones en la dinámica de competencia de los mercados.

No obstante la existencia de la prohibición general y del catálogo de conductas, es claro que no todos los acuerdos entre competidores se encuentran prohibidos por el régimen de competencia, ya que hay algunos que están expresamente permitidos como excepciones expresas contenidas en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 (investigación y desarrollo, normas técnicas y facilidades comunes); y otros que resultan meritorios para la competencia y el mercado porque generan eficiencias y beneficios económicos sustanciales en favor de la economía y los consumidores, en especial cuando se combinan actividades, conocimientos o activos complementarios.

Estos son los llamados “*acuerdos de colaboración entre competidores*” en virtud de los cuales 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 esfuerzos o unen parte de sus operaciones con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales, sin que ello comporte una concentración empresarial¹.

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 4851 de 2013, Hoja No. 13.

Los acuerdos de colaboración entre competidores más comunes en el mercado son: **(i)** de investigación y desarrollo; **(ii)** de producción; **(iii)** de compra conjunta; **(iv)** de comercialización y **(v)** de estandarización.

En relación con los “*acuerdos de colaboración entre competidores*”, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), ha dicho que este tipo de acuerdos deben ser analizados a efectos de determinar la ilegalidad o no de los mismos:

*“Es por esto que, un acuerdo de cooperación horizontal debe ser analizado para **determinar si tiene efectos restrictivos de la competencia y se encuentra prohibido por la legislación de competencia**, o si por el contrario **puede ser beneficioso para la competencia** en la medida en que **produce más eficiencias para el mercado que las restricciones que eventualmente puede generar**. En este último caso, **el acuerdo no debe ser prohibido**, debido a que produce beneficios para los consumidores”².*

Según la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), expresada a través de las resoluciones que se han expedido sobre la materia, así como a través de la “*Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores*”³, por regla general, un acuerdo de colaboración entre competidores no genera restricciones indebidas en la competencia cuando en el mismo concurren los siguientes elementos:

- a. Los competidores que son parte en el acuerdo de colaboración reúnen menos del 20% del mercado relevante:** En aquellos casos en que los competidores reúnen menos del 20% del mercado relevante, es altamente improbable que el acuerdo pueda restringir la competencia.
- b. Mejoras en eficiencia:** El acuerdo debe producir mejoras en eficiencia, bien sea en la en la producción, adquisición, distribución o comercialización de los productos de que se trate.
- c. Carácter indispensable:** Las restricciones a la libre competencia que se generen como resultado del acuerdo de colaboración entre competidores deben ser indispensables para alcanzar las mejoras en eficiencia que son el objetivo del acuerdo. Una restricción será indispensable cuando: **(i)** es necesaria para lograr las mejoras en eficiencia generadas por el acuerdo de colaboración; y **(ii)** los integrantes no tienen disponibles otras alternativas, menos gravosas para la

² Resolución 4851 de 2013.

³ Disponible en: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

libre competencia, que les permitan alcanzar el mismo fin pretendido con la restricción.

- d. Beneficios para los consumidores:** Las mejoras de eficiencia logradas mediante un acuerdo de colaboración deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores, de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo.
- e. No eliminación de la competencia:** El acuerdo no debe posibilitar a las empresas la eliminación de la competencia, actual o potencial, respecto de una parte sustancial del mercado de bienes o servicios afectado por el acuerdo⁴.

En esta medida, cuando en un acuerdo de colaboración entre competidores concurren los anteriores elementos, por regla general el mismo no será restrictivo de la competencia y, en consecuencia, este sería válido.

2. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 20490 DE 2020

El numeral 5° del artículo 3° del Decreto 4886 de 2011 le otorga al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de *“Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, la protección de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, así como fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.”*

Con base en la anterior facultad, el pasado 11 de mayo de 2020, el Superintendente de Industria y Comercio expidió la Resolución 20490 con el objeto de fijar criterios que faciliten el cumplimiento del régimen de protección de la libre competencia económica, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020, a raíz de la crisis causada por la pandemia del Coronavirus COVID-19.

Entre los aspectos novedosos que trajo consigo la Resolución 20490 de 2020 en relación con los acuerdos de colaboración entre competidores destacan los siguientes:

- a.** Que el requisito de producir **“mejoras en eficiencia”** se presumirá en aquellos acuerdos de colaboración entre competidores que busquen: **(i)** atender la emergencia derivada del coronavirus COVID-19 o **(ii)** superar las afectaciones al sistema económico a raíz de dicha emergencia.

⁴ Este es un criterio que, a pesar de no estar incluido en la *“Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores”*, si se encuentra en algunas decisiones que la SIC ha proferido sobre la materia (p.e. Resolución 42296 de 2013 y Resolución 4851 de 2013).

- b. Que los agentes de mercado que realicen un acuerdo de colaboración entre competidores le deberán **informar** a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC: **(i)** la realización del acuerdo de colaboración; **(ii)** los agentes de mercado que participarán en la dinámica; **(iii)** los productos y/o servicios que podrían ser afectados; **(iv)** el contenido específico del acuerdo de colaboración; y **(v)** su duración, precisando el momento de inicio y de finalización proyectada.
- c. Que el hecho de **no** informar a la SIC el respectivo acuerdo de colaboración, no exime a los agentes de mercado de las responsabilidades administrativas y penales del régimen penal y de prácticas restrictivas de la competencia.

De hecho es importante tener en cuenta que el hecho de informar el acuerdo de colaboración a la SIC, tampoco le ofrece protección a los agentes de mercado que lo realizan, ya que la autoridad no expide ningún tipo de aprobación o autorización que le brinde a las empresas seguridad jurídica y les asegure que no serán investigadas en el futuro por realizar el acuerdo.

- d. Que la SIC le puede solicitar al respectivo supervisor del sector en el cual se pretenda realizar el acuerdo de colaboración que analice: **(i)** el contenido del acuerdo y **(ii)** el beneficio que produzcan los mismos en los consumidores. Así mismo, se le impone al referido supervisor del sector la obligación de informar a la SIC sobre **cualquier incumplimiento y/o ausencia de colaboración** por parte de quienes lleven a cabo el acuerdo.
- e. En cuanto a la forma de analizar los acuerdos de colaboración entre competidores, la SIC da a entender que los mismos serán analizados bajo una especie *Regla de la Razón*, en desarrollo de la cual se realizará un ejercicio de balanceo o ponderación, con el fin de establecer si “... los beneficios derivados de sus eficiencias pueden considerarse superiores al riesgo de afectar la competencia que genera el mecanismo de colaboración”. Dice textualmente la resolución lo siguiente:

*“Ese tipo de mecanismos de colaboración entre competidores son legítimos si corresponden a cualquiera de las siguientes dos hipótesis. En primer lugar, si los acuerdos de colaboración, además de no generar restricción alguna a la competencia, propenden por el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica sin limitar la libre participación de las empresas en el mercado. **En segundo lugar, en caso de que los acuerdos de colaboración generen algún tipo de restricción actual o potencial, serán legítimos si puede concluirse, sobre la base de un ejercicio de ponderación, que los beneficios derivados de sus eficiencias pueden considerarse superiores al riesgo**”*

de afectar la competencia que genera el mecanismo de colaboración.

“Estas conclusiones se fundamentan en una interpretación sistemática de los Artículos 333 y 334 de la Constitución Política, del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, del Artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y de los Artículos 47 y 49 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, corresponden con los pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el particular³ y con los fundamentos del artículo 12 de la Ley 1340 de 2009 en materia del control previo de integraciones empresariales.”

Esta iniciativa de la SIC, a pesar de las limitaciones señaladas, resulta consistente con las medidas que han adoptado las autoridades de competencia en otras jurisdicciones para afrontar la crisis sanitaria, económica y social que se ha generado a raíz del coronavirus COVID-19, en especial, al señalar que el principal requisito que debe cumplir un acuerdo de colaboración entre competidores (producir **“mejoras en eficiencia”**), se **presume** cumplido cuando los referidos acuerdos busquen: **(i)** atender la emergencia derivada del coronavirus COVID-19 o **(ii)** superar las afectaciones al sistema económico a raíz de dicha emergencia.

Debe advertirse, sin embargo, que los empresarios deben realizar estos acuerdos de colaboración con mucho cuidado, con el fin de prevenir futuras acusaciones por prácticas restrictivas de la competencia o por llevar a cabo una concentración empresarial sin haber recibido la autorización correspondiente.

En efecto, no debe olvidarse que si bien de conformidad con la resolución bajo análisis en el evento de que se lleve a cabo un acuerdo de colaboración entre competidores que tenga los propósitos ya anotados se presume demostrado el requisito de producir *“mejoras en eficiencia”*, los agentes del mercado que lleven a cabo el referido acuerdo deberán de todas maneras demostrar que se cumplen los demás requisitos: **(i)** carácter indispensable; **(ii)** beneficios para los consumidores; y **(iii)** no eliminación de la competencia.

Lo anterior, aunado al hecho de que, tal y como ya se indicó, los acuerdos de colaboración entre competidores deben ser informados a la SIC, con lo cual, en el evento de que la autoridad de competencia considere que el referido acuerdo no cumple con la totalidad de requisitos anteriormente señalados (p.e. que sea *“indispensable”* o que *“no promueva o elimine la competencia actual y potencial”*), el mismo podría ser considerado un acuerdo anticompetitivo, el cual podría acarrearle a las empresas y personas naturales involucradas las sanciones previstas para las prácticas restrictivas de la competencia en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009; es decir, hasta 100.000 SMMLV o el 150% de las utilidades percibidas con el *“acuerdo anticompetitivo”*, para las empresas; y hasta 2.000 SMMLV para las personas naturales.

La demostración de la conducta reputada como ilegal por la SIC, estaría en el propio acuerdo de colaboración previamente notificado a la autoridad.

Así mismo, hay que destacar que entre los aspectos que se le deben informar a la SIC al momento de querer llevar a cabo un acuerdo de colaboración entre competidores se encuentran: **(i)** el contenido específico del acuerdo de colaboración y **(ii)** su duración.

En esta medida, resulta importante que antes de informar y de ejecutar un acuerdo de colaboración entre competidores se analice si el mismo cumple con los requisitos establecidos por la SIC o si existe un riesgo de que pueda ser caracterizado como un acuerdo anticompetitivo. Así mismo, se debe analizar si el acuerdo comporta una “concentración empresarial” que deba ser informada de manera previa a la SIC de conformidad con el procedimiento establecido en la ley y la regulación (notificación o pre-evaluación⁵), ya que de lo contrario las empresas intervinientes podrían ser investigadas por la infracción del régimen de concentraciones empresariales, que da lugar a las mismas multas ya enunciadas anteriormente.

3. DERECHO COMPARADO

Tal y como anteriormente se dijo, la SIC no ha sido la única autoridad de competencia que ha adoptado medidas para afrontar la crisis sanitaria, económica y social que se ha generado a raíz del COVID-19.

A continuación, algunos ejemplos de acciones que se han adoptado por otras autoridades de competencia:

3.1 Estados Unidos de América

En abril del año 2000, las autoridades de competencia de los Estados Unidos, esto es, el Departamento de Justicia (**DOJ** por sus siglas en inglés) y la Comisión Federal de Comercio (**FTC** por sus siglas en inglés), expidieron una guía de acuerdos de colaboración entre competidores “*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*”⁶.

De acuerdo con la señalada guía, si un acuerdo de colaboración entre competidores aumenta la producción; reduce los precios; y mejora la calidad, el servicio o la innovación del bien o servicio, lo más probable es que dicho acuerdo sea lícito.

⁵ Ver Resolución 10930 de 2015.

⁶ Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

Así mismo, hay que destacar que tanto el **DOJ** como el **FTC** proveen a los agentes del mercado canales de comunicación mediante los cuales estos últimos le pueden solicitar a las autoridades de competencia que les indiquen si un determinado acuerdo de colaboración entre competidores es lícito o no.

El pasado 24 de marzo de 2020, con el propósito de afrontar la emergencia sanitaria causada a raíz del Coronavirus COVID-19, el **DOJ** y la **FTC** expidieron una comunicación conjunta mediante la cual se comprometieron a resolver de forma expedita (siete días calendario)⁷, aquellas solicitudes de acuerdos de colaboración entre competidores que tengan por objeto atender la emergencia sanitaria (COVID-19)⁸.

3.2 México

Mediante comunicación de fecha 27 de marzo de 2020, la Comisión Federal de Competencia Económica (**COFECE**) destacó la importancia que tienen los acuerdos de colaboración entre competidores para atender la emergencia sanitaria generada a raíz del coronavirus COVID-19, al señalar:

“No se perseguirán los acuerdos de colaboración entre agentes económicos que, en el contexto actual, sean necesarios para mantener o incrementar la oferta, satisfacer la demanda, proteger cadenas de suministro, evitar escasez o acaparamiento de mercancías, y que no tengan por objeto desplazar a sus competidores”⁹ (se destaca).

Así mismo, indicó que los agentes del mercado que pretendan llevar a cabo un acuerdo de colaboración entre competidores para afrontar la emergencia sanitaria generada a raíz del coronavirus COVID-19, le pueden notificar a la **COFECE** de dicho acuerdo a efectos de que dicha autoridad les confirme si el mismo podría ser o no objeto de investigación.

En relación con las solicitudes que presenten los agentes del mercado, la **COFECE** señaló que, “una vez que las autoridades correspondientes determinen la conclusión de la contingencia, los mismos agentes económicos deberán dar aviso de la conclusión del

⁷ El **DOJ** y la **FTC** normalmente se demoran meses en resolver este tipo de solicitudes.

⁸ Disponible en:

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1569593/statement_on_coronavirus_ftc-doj_3-24-20.pdf

⁹ Disponible en: <https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/>

acuerdo o, en su caso, la Comisión podrá realizar la investigación correspondiente por posible concentración ilícita”¹⁰.

3.3 Chile

Mediante comunicación de fecha 3 de abril de 2020, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) señaló los criterios que se deben tener en cuenta para llevar a cabo un acuerdo de colaboración entre competidores:

*“[P]ara determinar **la licitud o ilicitud de un acuerdo de colaboración entre competidores**, debe realizarse un ejercicio de **balance o ponderación** de sus **efectos, eficiencias y riesgos**. Si un acuerdo de colaboración entre competidores genera eficiencias, éstas son mayores a sus riesgos anticompetitivos, se adoptan mecanismos para restringir al máximo la interacción entre los competidores y no existe un mecanismo menos lesivo de la competencia para alcanzar dichas eficiencias que su celebración, siendo por tanto “necesario”, dicha colaboración será lícita conforme al Decreto Ley 211 de 2016”¹¹ (Se destaca).*

Por su parte, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 18 del Decreto Ley 211 de 1973, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (**TDLC**) puede conocer de consultas extraordinarias distintas a las concentraciones empresariales, entre estas, aquellas relacionadas con la celebración de acuerdos de colaboración entre competidores; el pasado 7 de abril de 2020, el **TDLC** expidió el Auto-Acordado No. 21 mediante el cual se estableció que “... durante el estado de catástrofe decretado con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19”, las autorizaciones de acuerdos de colaboración entre competidores se llevarán a cabo mediante un procedimiento “express”¹².

En consecuencia, el **TDLC** señaló que los acuerdos de colaboración entre competidores podrán celebrarse, ejecutarse o materializarse, concluirse o continuar ejecutándose, según sea el caso, mientras se tramita la respectiva consulta, siempre y cuando: **(i)** busquen generar eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos; y **(ii)** se relacionen con bienes o servicios que sean indispensables para mantener la cadena de

¹⁰ Disponible en: <https://www.cofece.mx/respuesta-a-preguntas-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/>

¹¹ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaraci%C3%B3n-P%C3%BAblica-FNE-030420.pdf>

¹² Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf

abastecimiento, los servicios de transporte, la entrega de medicamentos e insumos relacionados con la salud pública, u otros que tengan dicho carácter¹³.

Lo anterior sin perjuicio de que un “legítimo contradictor” se pueda oponer al acuerdo de colaboración entre competidores celebrado, caso en el cual, el **TDLC** “... tomará en consideración las circunstancias imperantes en el país, la urgencia e importancia del hecho, acto o convención consultado y su naturaleza”¹⁴.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez analizado el contexto nacional e internacional en el cual la SIC decidió expedir la Resolución 20490 del 11 de mayo de 2020, presentamos las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- 4.1** Con anterioridad a la expedición de la Resolución 20490 de 2020, de acuerdo con la doctrina de la SIC, se consideraba que un acuerdo de colaboración entre competidores por lo general no generaría restricciones indebidas en la competencia cuando: **(i)** los competidores que son parte en el acuerdo de colaboración reúnen menos del 20% del mercado relevante; **(ii)** produce “mejoras en eficiencia”; **(iii)** tiene un “carácter indispensable”; **(iv)** produce “beneficios para los consumidores”; y **(v)** no posibilita a las empresas la eliminación de la competencia, actual o potencial, respecto de una parte sustancial de los productos o servicios.
- 4.2** La Resolución 20490 de 2020 introduce una novedad al establecer que el requisito de producir “mejoras en eficiencia” se va a **presumir** en el evento de que el acuerdo de colaboración entre competidores tenga por objeto: **(i)** atender la emergencia derivada del coronavirus COVID-19 o **(ii)** superar las afectaciones al sistema económico a raíz de dicha emergencia.
- 4.3** No obstante, aquellos que deseen celebrar un acuerdo de colaboración entre competidores en el marco de la emergencia generada a raíz del Coronavirus COVID-19, deberán igualmente cumplir con los demás requisitos señalados, esto es: el “carácter indispensable”, los “beneficios para los consumidores” y la “no eliminación de la competencia”. Adicionalmente se debe tener en cuenta que en aquellos casos en que los competidores reúnan menos del 20% del mercado relevante, es altamente improbable que el acuerdo pueda restringir la competencia.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

- 4.4** En el evento de que la SIC considere que el acuerdo de colaboración entre competidores no cumple con los referidos requisitos, el mismo podría ser considerado como “anticompetitivo”, lo cual le podría acarrear a las empresas y personas naturales involucradas las sanciones previstas para las prácticas restrictivas de la competencia en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009; es decir, hasta 100.000 SMMLV o el 150% de las utilidades percibidas con el “acuerdo anticompetitivo”, para las empresas; y hasta 2.000 SMMLV para las personas naturales.
- 4.5** Así mismo, aquellos que lleven a cabo este tipo de acuerdos, deberán ser cuidadosos en analizar que este no pueda ser catalogado como una “concentración empresarial”, ya que en el evento de que la SIC considere que el acuerdo de colaboración entre competidores es una concentración y, que dicha operación no fue informada oportunamente, los agentes del mercado que participen en dicho acuerdo podrían ser igualmente sancionados con las anteriores multas.
- 4.6** En la Resolución 20490 de 2020 se estableció la obligación de tener que informar a la SIC el acuerdo de colaboración que se desee llevar a cabo. No obstante, la Resolución no señala que la SIC se deba pronunciar en relación con la ilegalidad o no del referido acuerdo, tal y como si sucede en otras jurisdicciones (p.e. Estados Unidos y México, entre otros).
- 4.7** Lo anterior resulta de la mayor importancia teniendo en cuenta que el Superintendente de Industria y Comercio, con fundamento en las facultades que tiene para “*impartir instrucciones en materia de protección de la competencia*”, así como para “*fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación*”, tal y como lo dispone el numeral 5° del artículo 3° del Decreto 4886 de 2011, podría haber asumido el compromiso de analizar los acuerdos de colaboración entre competidores que se deseen llevar a cabo para afrontar esta Emergencia Económica, Social y Ecológica causada a raíz del Coronavirus COVID-19 y, con ello evitar la incertidumbre que genera entre los empresarios realizar este tipo de acuerdos, por la razones anteriormente expuestas.
- 4.8** Por último, hay que señalar que de acuerdo con el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 20490 de 2020, los llamados “*supervisores del sector*” en los cuales se pretenda realizar el acuerdo de colaboración entre competidores, deberán poner en conocimiento de la SIC “*cualquier incumplimiento y/o ausencia de colaboración que detecte por parte de sus vigilados*”, lo cual podría dar a entender que la SIC, no solo sancionaría aquellos acuerdos que no cumplan con los requisitos señalados, sino que además, podría sancionar a aquellos agentes del mercado que incumplan con los referidos acuerdos, todo lo cual genera aún más incertidumbre entre los empresarios.

Sin perjuicio de las anteriores anotaciones, consideramos que la SIC ha hecho bien al expedir la Resolución 20490 de 2020 y, con ello, fijar criterios que faciliten el cumplimiento del régimen de protección de la libre competencia económica en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020, a raíz de la crisis causada por la pandemia del Coronavirus COVID-19.

Por lo anterior, estimamos conveniente que la SIC siga adelante con esta tarea tan importante y, de ser posible, implemente mecanismos adicionales a través de los cuales se le pueda dar un mayor alcance a la Resolución 20490 de 2020 y, de esta forma, afrontar satisfactoriamente la crisis por la cual estamos atravesando.

Recomendamos que los empresarios que quieran hacer uso de esta alternativa, analicen con detenimiento las características del acuerdo de colaboración y el cumplimiento de los requisitos que la SIC ha establecido, con el fin de evitar posteriores investigaciones.

Esguerra Asesores Jurídicos