

RESOLUCIÓN 20490 DE 2020

(mayo 11)

Diario Oficial No. 51.312 de 12 de mayo de 2020

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por la cual se fijan criterios que facilitan 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.

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

en ejercicio de las facultades legales establecidas en el artículo 3o del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional con ocasión del brote del nuevo coronavirus COVID-19.

Que de conformidad con el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el vertiginoso escalamiento del brote del nuevo coronavirus COVID-19 constituye una amenaza a la salud pública y, además, generará considerables afectaciones al sistema económico en magnitudes que son impredecibles e incalculables.

Que el régimen general de protección de la competencia establece los puntos que se presentan a continuación, en relación con los acuerdos de colaboración entre competidores.

1. Prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia

El régimen de protección de la competencia, específicamente mediante el artículo 1o de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la generación de distorsiones en la dinámica de competencia en el mercado. Entre los acuerdos que corresponden a esa definición se encuentran los de fijación de precios, limitación de la producción, colusión en procesos de contratación pública y repartición de mercados. De conformidad con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁽¹⁾, ese tipo de comportamientos constituyen la forma más grave de violación a las normas de protección de la competencia, pues normalmente generan incrementos de precios que impiden o dificultan el acceso de los consumidores a productos y servicios.

2. Autorización de acuerdos de colaboración entre competidores que no generen restricciones a la competencia

De conformidad con la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, un acuerdo de colaboración entre competidores “[...] es aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena productiva y que estén compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones, con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales [...]”⁽²⁾.

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 3o 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 particular⁽³⁾ y con los fundamentos del artículo 12 de la Ley 1340 de 2009 en materia del control previo de integraciones empresariales.

3. Condiciones que debe cumplir un acuerdo de colaboración entre competidores

La Superintendencia de Industria y Comercio, al analizar la validez de los acuerdos de colaboración entre competidores, ha entendido que una dinámica de ese tipo no genera una restricción a la competencia si concurren los siguientes elementos:

a) El acuerdo produce mejoras en eficiencia

El acuerdo debe producir mejoras en eficiencia en cualquiera de las etapas de la cadena de valor de los productos o servicios de que se trate. Estas eficiencias se pueden materializar, por ejemplo, en compartir riesgos, reducir costos, incrementar inversiones, agrupar conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad de los productos o lanzar de manera más oportuna determinadas innovaciones.

b) Carácter indispensable

Las restricciones a la competencia que se generen como resultado del acuerdo de colaboración entre competidores debe ser indispensables para alcanzar los objetivos de mejoras en eficiencias que constituyen el propósito del esquema de colaboración.

c) Beneficios para los compradores

Las mejoras en eficiencias generadas mediante el acuerdo de colaboración entre competidores deben trasladarse de manera suficiente a los destinatarios del producto o servicio de que se trate, de manera que al menos compensen los efectos restrictivos que puedan surgir de la dinámica de colaboración. En consecuencia, no es suficiente con que las eficiencias solo generen beneficios para las partes del acuerdo.

d) No promover la eliminación de competencia

El acuerdo de colaboración entre competidores no debe posibilitar la eliminación de la competencia actual o potencial respecto de una parte sustancial del mercado relevante.

Que es necesario interpretar el régimen general de protección de la competencia de manera consecuente con la emergencia generada por el brote del coronavirus COVID-19 y con las afectaciones que se presentarán para el sistema económico. Solo así el referido régimen corresponderá con los contenidos de la Constitución Económica y atenderá los propósitos previstos en el artículo 3o de la Ley 1340 de 2009.

Que otras autoridades de competencia a nivel mundial, como las de Estados Unidos de América y la del Reino Unido, han adoptado medidas para adecuar los regímenes de protección de la competencia a las condiciones generadas por la emergencia derivada del brote del coronavirus COVID-19. Dentro de esas medidas las autoridades han implementado mecanismos para promover la celebración de acuerdos de colaboración entre competidores que estén encaminados a enfrentar la referida emergencia, pero han dejado claro que adelantarán todas las acciones legales procedentes para detectar y reprimir comportamientos anticompetitivos con los que se pretenda sacar provecho de la situación.

Que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 3o del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función impartir instrucciones respecto del régimen general de protección de la competencia y fijar los criterios que faciliten el cumplimiento de esa normativa.

Que, teniendo en cuenta la situación de emergencia derivada del brote del coronavirus COVID-19 y las consecuentes afectaciones que se seguirán para el sistema económico, es necesario garantizar que el régimen general de protección de la competencia no será un obstáculo para la realización de acuerdos de colaboración entre competidores que, encaminados a atender esta coyuntura, puedan generar bienestar a los consumidores, y promover la eficiencia económica, siempre que no se limite la libre participación de las empresas en el mercado. Sin embargo, debe quedar claro que la Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo sus facultades de inspección, vigilancia y control, en relación con los acuerdos que no reúnan las condiciones para ser considerados legítimos.

Que, en consecuencia, es necesario fijar un criterio de interpretación del régimen general de protección de la competencia. Este consiste en entender que los acuerdos de colaboración entre competidores encaminados a atender la emergencia derivada por el brote del coronavirus COVID-19 o a superar las afectaciones que se seguirán para el sistema económico como resultado de esa emergencia, observarán el requisito de producir mejoras en eficiencias. Por lo tanto, los agentes del mercado interesados en desarrollar ese tipo de acuerdos tendrán la certeza de que el requisito referido se entiende cumplido en las condiciones señaladas, de manera que podrán enfocar el diseño de sus esquemas

de colaboración a acreditar el cumplimiento de los requisitos restantes, que en todo caso deberán ser cumplidos y serán exigibles por la autoridad de competencia.

Que, teniendo en cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo sus facultades de inspección, vigilancia y control en relación con los acuerdos que no reúnan las condiciones para ser considerados legítimos, es necesario plantear un mecanismo que, en ejercicio de esas funciones, permita su adecuado desarrollo en relación con los acuerdos de colaboración entre competidores que se celebren en los términos de la presente resolución. El mecanismo consistirá en requerir a todos los agentes de mercado que desarrollen acuerdos de colaboración entre competidores en los términos de la presente resolución que informen a la Delegatura para la Protección de la Competencia sobre (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 resultar afectados, (iv) el contenido específico del acuerdo de colaboración y (v) su duración, precisando el momento de inicio y de finalización proyectada.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Se entenderá que los acuerdos de colaboración entre competidores encaminados a atender la emergencia derivada por el brote del coronavirus COVID-19 o a superar las afectaciones que se seguirán para el sistema económico como resultado de esa emergencia, observará el requisito de producir mejoras en eficiencias, que es uno de los requisitos indispensables para considerar legítimos esquemas de colaboración de ese tipo.

Jurisprudencia Vigencia

Consejo de Estado

- Control inmediato de legalidad sobre esta norma. Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. 11001-03-15-000-2020-02658-00, Fallo de 20201106, Consejero Ponente Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Artículo declarado ajustado a derecho.



ARTÍCULO 2o. En todo caso, los acuerdos de colaboración entre competidores deberán cumplir todos los demás requisitos que determinan su carácter legítimo, teniendo en cuenta la normativa aplicable y la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la materia.

PARÁGRAFO. De considerarlo necesario la autoridad de competencia podrá solicitar que el respectivo supervisor del sector en el cual se pretenda realizar el acuerdo de colaboración realizado entre competidores, analice el contenido de esos acuerdos, así como el beneficio que produzcan para el consumidor. El supervisor deberá poner en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, cualquier incumplimiento y/o ausencia de colaboración que detecte por parte de sus vigilados.

Jurisprudencia Vigencia

Consejo de Estado

- Control inmediato de legalidad sobre esta norma. Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. 11001-03-15-000-2020-02658-00, Fallo de 20201106, Consejero Ponente Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Artículo declarado ajustado a derecho.



ARTÍCULO 3o. Los agentes de mercado que realicen acuerdos de colaboración entre competidores en los términos de la presente resolución deberán informar a la Delegatura para la Protección de la Competencia sobre (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.

PARÁGRAFO. La inobservancia del deber de notificación de cualquier tipo de acuerdo ante la autoridad única de competencia, en cualquier sector o bajo cualquier esquema y/o modalidad, no eximirá de las responsabilidades administrativas y penales propias del régimen constitucional y legal en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

Jurisprudencia Vigencia

Consejo de Estado

- Control inmediato de legalidad sobre esta norma. Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. 11001-03-15-000-2020-02658-00, Fallo de 20201106, Consejero Ponente Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Artículo declarado ajustado a derecho.



ARTÍCULO 4o. Ordenar a la Secretaría General de la Superintendencia de Industria y Comercio para que a través del Grupo de Notificaciones y Certificaciones efectúe la publicación del presente acto en el **Diario Oficial**.

Jurisprudencia Vigencia

Consejo de Estado

- Control inmediato de legalidad sobre esta norma. Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. 11001-03-15-000-2020-02658-00, Fallo de 20201106, Consejero Ponente Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Artículo declarado ajustado a derecho.



ARTÍCULO 5o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

Jurisprudencia Vigencia

Consejo de Estado

- Control inmediato de legalidad sobre esta norma. Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. 11001-03-15-000-2020-02658-00, Fallo de 20201106, Consejero Ponente Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Artículo declarado ajustado a derecho.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 11 de mayo de 2020.

El Superintendente de Industria y Comercio,

Andrés Barreto González.

NOTAS AL FINAL:

1. Cfr. OCDE. Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels - C(98)35/FINAL. Marzo, 1998. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainstharcocartels.htm> False (Consultado el 26 de marzo de 2020).

2. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 4851 del 15 de febrero de 2013.

3. Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones número 4851 de 15 de febrero de 2013, 42296 de 18 de julio de 2013.



