

Bogotá D.C.

Señora

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 22-082549
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 13

Cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en la Ley 1755 de 2015, "[p]or medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir pronunciamiento sobre el objeto su consulta, en los siguientes términos:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

A continuación, procedemos a atender la solicitud identificada con el radicado 22-082549 en la que, luego de exponer unos antecedentes relacionados con el Derecho a la Libre Competencia y unas decisiones proferidas por esta Superintendencia en la materia, plantea unos interrogantes.

2. CUESTIÓN PREVIA

Previo a dar respuesta a su consulta, es pertinente precisar que a través de este medio la Superintendencia de Industria y Comercio no está facultada para dirimir situaciones de carácter particular, debido a que una lectura en tal sentido implicaría una flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia C-542 de 2005, que:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no.”



En esa medida, no le corresponde a esta Entidad pronunciarse sobre aspectos específicos en una consulta, interpretar decisiones administrativas en relación con casos concretos o brindar la solución a una controversia. Por tal motivo, a través de este medio solo se suministran la información y los elementos conceptuales necesarios para que el peticionario halle una solución a sus inquietudes.

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

En virtud de lo ordenado en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única en materia de protección de la competencia. Dice la norma:

“La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.”

Asignación privativa de funciones avalada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-172 de 2014, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

Por su parte los numerales 2, 3, 4, 6 y 16 del artículo 1 del Decreto 092 de 2022 que modificó el Decreto 4886 de 2011, el establecen que en materia de competencia esta Superintendencia tiene, entre otras, las siguientes facultades:

- Velar por la observancia de las disposiciones en materia en los mercados nacionales.
- Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.
- Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.
- Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal que afecten el interés general y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.



4. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Constitución Política adoptó como modelo económico la economía social de mercado en la cual la libre competencia y la libre concurrencia al mercado de los diferentes agentes económicos es la columna vertebral. A partir de lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia, catalogándola como un derecho colectivo¹ en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política.

La libertad económica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia. La libertad de empresa se manifiesta en la "(...)capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija"², en tanto que, la libre competencia se traduce en "(...) la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela"³.

La libre competencia económica puede afectarse o verse limitada por múltiples razones, entre las cuales se encuentran las actuaciones ilícitas de los agentes del mercado. Para garantizar la libre competencia el legislador estableció el régimen general de protección de la competencia⁴, que integran la Ley 155 de 1959 que contiene algunas normas sobre prácticas comerciales restrictivas, el Decreto 2153 de 1992 en la que se encuentran algunos conceptos importantes sobre la materia, la relación de los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, entre otras disposiciones, la Ley 1340 de 2009 que introdujo modificaciones y nuevas disposiciones para garantizar la libre competencia, y las demás normas que modifiquen o sustituyan las normas mencionadas.

Además, el régimen general de protección de la competencia lo integran las normas particulares que regulan algunos sectores de la economía o actividades específicas. En ese evento, esas disposiciones prevalecen sobre las normas generales de protección de la competencia, exclusivamente en el tema específico, por expreso mandato del artículo 4° de la Ley 1340 de 2009.

5. ASPECTOS POR ANALIZAR EN LA EVALUACIÓN DE CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA.

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35143 de 2017.

² Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³ Gaceta del Congreso del 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos "Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal".

⁴ Ley 1340 de 2009. "ARTÍCULO 4°. Normatividad aplicable. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico".



De conformidad con el Decreto 2153 de 1992, el concepto “acuerdo” debe entenderse como: “(...) [t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o consistentemente paralela entre dos o más empresas”.

Los acuerdos anticompetitivos o carteles empresariales pueden manifestarse de dos modalidades diferentes: práctica concertada y paralelismo consiente; cada uno de ellos, con su respectivo estándar probatorio para acreditar su existencia en el mercado.

La práctica concertada hace referencia a cuando se puede concluir por parte de la Autoridad, la existencia de un acuerdo, contrato, convenio, concertación o práctica concertada restrictiva de la libre competencia económica en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, a partir del análisis del material probatorio, como el intercambio de información, el envío de correos electrónicos, actas de reuniones, así como de la confesión de los cartelistas. En este caso, es evidente que los agentes del mercado han pactado un acuerdo para restringir de cualquier manera, la competencia en el sector.

Dentro de esta categoría se pueden destacar algunos casos sancionados por esta Superintendencia: cartel del papel higiénico, cartel de pañales desechables para bebe, cartel de agencias de modelaje, cartel de subastas ganaderas, cartel del azúcar, etc.

Por su parte, se tiene que la segunda modalidad de acuerdo a la que alude el régimen de protección de la competencia en la definición del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al de “práctica conscientemente paralela” o “paralelismo consciente”.

5.1 Acuerdo de fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente

- **Paralelismo o conducta paralela**

En relación con las prácticas conscientemente paralelas para la fijación de precios, el Consejo de Estado ha señalado:

“(...) la fijación de los precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos periodos de tiempo y en igual proporción por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto.

Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un periodo determinado de tiempo por dos o más empresas, no pueden ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso, depende de factores variables como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de servicio, del nivel de eficiencia, la expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los



*cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto(...)*⁵

Así las cosas, según lo sentado por el Consejo de Estado, la identidad de precios para un mismo producto en un mismo tiempo, cuyos incrementos o variaciones ocurren en los mismos periodos de tiempo y en igual proporción, es un elemento probatorio suficiente para identificar un acuerdo de precios por vía de una práctica conscientemente paralela.

Además de lo anterior, esta Superintendencia, tal y como lo anota la Resolución No. 81391 de 2017, ha sostenido de manera reiterativa que, para configurar una práctica de precios conscientemente paralela basta que se advierta y compruebe una simetría de precios en un periodo de tiempo dado, con variaciones homologas y tendencias homogéneas, siempre y cuando tal simetría esté acompañada de factores adicionales que denoten que el comportamiento de los precios responde a una concentración entre los agentes involucrados o a una abstinencia de competencia y no a variables de otra naturaleza. Tales factores han sido denominados por la doctrina y por reconocidas autoridades de competencia como “factores plus”⁶.

Por tanto, se indica que para tipificar un acuerdo restrictivo de la competencia en la modalidad de práctica conscientemente paralela, debe hacerse una valoración conjunta del paralelismo y los factores plus que conforman el elemento consciente, para así descartar cualquier otro fenómeno que pudiese justificar el panorama económico simétrico entre los precios de los competidores de un mismo mercado.

Así las cosas, esta Superintendencia ha considerado que para poder catalogar un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de paralelismo consciente debe encontrarse demostrada la existencia y concurrencia de dos elementos fundamentales 1. existencia de un comportamiento paralelo, y 2. La conciencia de la conducta -además de todos aquellos factores indirectos que permiten inferir que el paralelismo es producto de un actuar concertado (factores plus).

- **Elemento consciente**

En relación con el elemento consciente, esta Superintendencia ha señalado que se presenta cuando los competidores actúan de manera consciente y coordinada con el objeto de no competir, generando así un patrón de comportamiento uniforme, es decir, una homogeneidad en el mercado. Lo anterior significa que el comportamiento paralelo, para que configure una práctica restrictiva, debe ser el resultado de decisiones concertadas de los agentes económicos:

“(...) la conducta paralela puede constituir una práctica restrictiva de la competencia en la medida en que los participantes de un determinado mercado actuando en forma

⁵ Consejo de Estado Sentencia del 13 de noviembre de 2014 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera 2013-00254-01 CP. Maria Elizabeth García Gonzalez.

⁶ Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009 y 71794 de 2011



consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman”

En este orden de ideas, el elemento consciente puede identificarse a partir de diferentes elementos que reflejan el desarrollo de una conducta coordinada y armónica de agentes económicos que participan de un mismo mercado, buscando evitar la contienda propia de un escenario de competencia(...)”⁷

Así las cosas, tal y como ha afirmado esta Superintendencia en pronunciamientos anteriores, el elemento consciente está conformado por todos aquellos factores plus que permiten deducir que el paralelismo no es fruto de nada diferente a que los agentes involucrados de alguna forma, han concertado comportarse armónica y colaborativamente, evitando conscientemente competir al no verse entre ellos como una amenaza.

En ese sentido sin existir prueba directa de que existe un acuerdo expreso entre los agentes del mercado, conscientemente sustituyen todos los riesgos que trae consigo la libre competencia, por un entorno armónico de cooperación práctica entre ellos.

Al respecto, el doctrinante Willian Kovacic, Exdirector de la Comisión Federal del Comercio, (FTC por sus siglas en inglés) junto con otros académicos, se han pronunciado en relación con los factores adicionales (factores plus) en situaciones de cartelización de empresas de la siguiente manera:

“Los factores plus son acciones y resultados económicos que una más allá del paralelismo de la conducta de empresas oligopolísticas que son en gran parte inconsistentes con conductas unilaterales, pero en gran parte consistentes con una acción explícitamente coordinada”⁸.

Incluso, se han identificado algunos factores “*super plus*” que corresponden con acciones o conductas que es muy poco probable que ocurran en ausencia de un acuerdo colusorio. Según Kovacic, estos factores son los siguientes:

1. Las cuotas de mercado, los clientes o el dominio geográfico se mantienen estables aún cuando las empresas tienen un exceso de capacidad y los precios y las ganancias están aumentando.
2. Las empresas tienen conocimiento de los detalles de las transacciones y de los datos de producción ventas y/o inventarios de las otras empresas competidoras.
3. Las empresas realizan transacciones entre ellas – como transferencias de recursos- que carecen en gran medida de motivaciones productivas no colusorias, entre otras.⁹

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009, 717894 de 2011 y 2672 de 2016

⁸ KOVACIC, William E. et al Plus Factors and Agreement in Antitrust Law 2011 Pag 18.

⁹ Ibídem pag 50



Además de lo anterior, asegura el autor que existen aspectos propiciadores o facilitadores de acciones colusorias tales como tener antecedentes sancionatorios, evidencia de que las empresas tienen la oportunidad de comunicarse entre sí, y características de la industria como la transparencia del mercado¹⁰.

En relación con tal elemento consciente, esta Entidad está llamada a definir la línea que distingue los acuerdos anticompetitivos en la modalidad de paralelismo consciente de la mera concordancia derivada de la interdependencia oligopólica, haciendo un efectivo uso de evidencia indirecta o circunstancial o factores plus.

5.2. Marcadores de Harrington:

Los marcadores de Harrington son indicadores de carácter económico que permiten identificar señales de una posible existencia de colusión en el mercado.

Es de indicar que el análisis de estos marcadores no se trata de una prueba concluyente que demuestra la existencia del cartel empresarial bajo investigación. Sin embargo, según Harrington¹¹ el análisis económico sí puede ser importante como un primer paso en la detección de carteles empresariales, a través de una revisión minuciosa del comportamiento de las empresas en el mercado.

Los marcadores de Harrington se dividen en dos grupos: (i) aquellos relacionados con los precios y (ii) aquellos relacionados con las cantidades.

Estos marcadores son:

Marcador 1. Aumentos de precios simultáneos a mayor uniformidad en precios entre consumidores: en un escenario de cartelización, es probable el establecimiento de un régimen de precios común a los cartelistas que facilita la simplicidad y el monitoreo del cartel empresarial.

Marcador 2. Aumentos sostenidos en precios precedidos por grandes caídas en los mismos. el aumento de precios propiciados por la formación de un cartel empresarial, usualmente están precedidos por importantes caídas de precio que podrían deberse a una baja demanda o exceso de capacidad. De acuerdo con Harrington, en escenarios de competencia es poco probable que caídas significativas de precios y aumentos súbitos importantes de los mismos sucedan en un periodo corto de años

Marcador 3. Aumentos en los precios simultáneos a caídas en las importaciones: en un acuerdo cartelista los participantes tienden a reducir su oferta en los mercados naturales de

¹⁰ Ibidem Pag 17 y 18

¹¹ Harrington Jr. Joseph E. Behavioral Screaming and Detection of Cartels. European University Institute. Robert Schuman Center for Advanced Studies, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceeding.

sus co-caracteristas y a repartirse la demanda global de aquellos mercados no pertenecientes al mercado natural de alguno de ellos. En un mercado en competencia se espera que ante aumentos en los precios locales, aumenten las importaciones al ser más atractivo el mercado para los oferentes.

Marcador 4. Precios de las empresas alta y positivamente correlacionados: el paralelismo en precios configura una alta probabilidad de la existencia de un acuerdo cartelista en el mercado.

Marcador 5. Alto grado de uniformidad entre empresas, tanto en los precios del producto como en otras dimensiones, incluyendo precios por servicios adicionales: además del hecho de que los precios se comporten paralelamente en el mercado, tal característica podría extenderse a otras variables tales como calidad y precios de servicios auxiliares.

Marcador 6. Existencia de cambios estructurales en los precios: en un acuerdo cartelista los precios sufren cambios estructurales o abruptos que no pueden ser explicados por movimientos en los costos de producción de las empresas.

Marcador 7. Baja varianza en los precios: aquí se evalúan la transición y estabilidad de los precios.

5.3. Marcadores de POSNER

En la misma línea, hacen parte de la doctrina en materia de protección a la libre competencia los marcadores propuestos por el jurista Richard Posner.

Inclusive y como referencia, la Superintendencia en decisiones como la adoptada en la Resolución No. 81391 de 2017 relacionada con el cartel del cemento, mencionada por la usuaria en la consulta presentada, realizó un análisis de la manera como la estructura del mercado permite concluir que tan propensa es la formación de un cartel.

Allí, se tuvo en cuenta el conjunto de las 17 evidencias económicas presentadas por Richard Posner en su libro “*Antitrust Law*”, que a su juicio, dan evidencia relevante para esclarecer que tan probable es que exista un cartel en el mercado objeto de estudio, con el fin de realizar el análisis en dicho caso concreto.

De acuerdo con Posner en un mercado puede existir ciertos factores o marcadores que pueden determinar condiciones favorables a la colusión. En este sentido, señala Posner que “(...) *en un mercado en el que existen condiciones favorables a la colusión, un intercambio de información de precios puede ser evidencia persuasiva de fijación de precios en colusión, un intercambio de información de precios puede ser evidencia persuasiva de fijación de precios en colusión, mientras que, en un mercado con condiciones desfavorables, el mismo*



intercambio puede no ser evidencia en absoluto de un comportamiento colusivo y puede ser de hecho una característica procompetitiva del mercado”¹².

Además, según el autor, sirven como elemento de análisis al momento de valorar las pruebas que dan cuenta de la presencia o no del elemento consciente, requerido para la configuración de la práctica restrictiva de la competencia.

Marcador 1. Mercado concentrado por el lado de la oferta: un mercado con pocos oferentes es más propenso a la formación de un acuerdo colusivo.

Marcador 2. Ausencia de pequeñas firmas: esta característica está estrechamente relacionada con el primer marcador. La principal razón es que cuando existe un número reducido de competidores la coordinación para la formación de un acuerdo resulta ser más fácil.

Marcador 3. Demanda inelástica en el precio de la competencia: la existencia de una demanda inelástica se traduce en una menor cantidad de ventas perdidas para la empresa y por ende en mayores ingresos totales.

Marcador 4. Entrar al mercado toma un tiempo considerable: sugiere Posner que para evaluar la facilidad o complejidad de que un entrante participe en un mercado, resulta imprescindible diferenciar en una situación a corto plazo frente a una de largo plazo. Por lo tanto, sugiere que una vez superado el periodo de tiempo de transición, se evalúe si los precios que se fijan en ese mercado resultan ser lo suficientemente competitivos como para inducir nuevas firmas a entrar al mercado, caso en el cual podría existir una cartelización empresarial.

Marcador 5. Demanda del mercado desconcentrada: un mercado con una demanda desconcentrada está asociado con una situación en la que pocos o ningún comprador tiene poder de negociación.

Marcador 6 Productos homogéneos: de acuerdo con Posner, en un mercado en donde los productos sean homogéneos, alcanzar un acuerdo colusorio de fijación de precios es una tarea relativamente sencilla, ya que, entre más difieran los productos, el esquema de fijación de precios debería ser más complejo.

Marcador 7. Productos no durables: cuando en el mercado el bien transable es un bien durable, la demanda que enfrentan las firmas resulta ser más volátil. En un mercado en donde los bienes son no durables, tendrá mayores posibilidades de formación de un acuerdo colusivo o cartelista en cuanto a que genera mayores incentivos para incrementar artificialmente el precio, con un menor riesgo de perder la demanda capturada por los agentes del mercado.

¹² Posner R (2021) Antitrust Law, The University of Chicago Press, segunda edición, capítulo 3: Colusión Pag 79. Tomado de la Resolución no. 81391 de 2017 SIC



Marcador 8. Las principales empresas venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución: entre más eslabones de la cadena estén involucrados en el acuerdo, y estos sean asimétricos para las firmas cartelizadas, es más difícil monitorear el cumplimiento del mismo.

Marcador 9. La competencia en precios es más importante que otras formas de competencia: la existencia de múltiples variables con las cuales un agente del mercado pueda ejercer presión competitiva sobre sus rivales, tales como precios, calidad, servicio al cliente, métodos de entrega del producto, garantías sobre el mismo, entre otras, disminuye los incentivos de coludirse o cartelizarse en el mercado.

Marcador 10. Alta proporción de costos fijos frente a costos variables: en un mercado con alta proporción de costos fijos frente a costos variables, las empresas tienen mayores incentivos de obtener precios superiores a los que prevalecerían en un escenario de competencia. Esto se traduce en que, de no poder incrementar el precio de forma permanente y unilateral, aumentan los incentivos de las empresas a cartelizarse.

Marcador 11. Estructuras de costos y procesos de producción similares: dado que uno de los principales determinantes de los precios debe ser el costo de producción, pues de esta forma la empresa garantiza que sus ingresos cubran sus gastos, de acuerdo con Posner, el precio óptimo en un escenario de cartel también estará en función de los costos de las empresas. En aquellos escenarios en los que los costos difieren significativamente entre empresas, el precio a fijar en el acuerdo también será diferente y su monitoreo será más complejo.

Marcador 12. Demanda elástica o decreciente en el tiempo: una demanda creciente en el tiempo es una de las múltiples razones que tiene una empresa para aumentar sus precios.

Marcador 13. Los precios pueden cambiarse rápidamente: entre más rápido pueda un vendedor reaccionar ante una reducción de precios de un competidor, menos rentable será entrar en una guerra de precios, pues será igualado antes que obtenga ganancias de la desviación.

Marcador 14. Existencia de subastas a sobre cerrado: estas prácticas facilitan la existencia de un acuerdo colusorio pues, sin necesidad de conocer con exactitud la oferta de todos y cada uno de los cartelistas, puede desarrollarse un mecanismo de monitoreo el cual se evidencia si el acuerdo se cumplió o no.

Marcador 15. El mercado es local: en términos generales si el mercado es más pequeño, hay más posibilidades de que haya un número pequeño de vendedores. Entre más cerca estén quienes tienen incentivos a cartelizarse, más fácil será la comunicación entre ellos.

Marcador 16. Existencia de prácticas cooperativas: la existencia de prácticas cooperativas o de una situación de colegaje entre las empresas de un mercado, aumenta la confianza entre quienes, debiendo competir, muestran señales de querer estar en un ambiente cooperativo.

Marcador 17. Antecedentes de la industria en materia de la libre competencia económica: el hecho de que hayan existido carteles empresariales en periodos anteriores al investigado, cuenta como evidencia de que la estructura del mercado es favorable a la colusión

En ese orden, tenemos que los marcadores de Posner aquí descritos de manera general, son un listado de condiciones económicas que pueden ser indicativas de la existencia de un cartel empresarial. Esta Superintendencia en su calidad de Autoridad Única de Competencia en Colombia, utiliza las evidencias económicas de Posner para realizar un análisis sobre la estructuras de los mercados, para identificar si hay algunas de ellas aplicables, y así facilitar la determinación si en el caso de estudio existió una cartelización empresarial.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Expuesto el contexto necesario para dar respuesta a sus interrogantes, a continuación, procedemos a emitir pronunciamiento al respecto en los siguientes términos, previa presentación de estos

“De conformidad con los antecedentes señalados, solicito que me sean absueltos lo siguientes interrogantes:

- 1. ¿Los contratos entre competidores para la venta puntual y/o el suministro de materia prima y/o de producto terminado se encuentran prohibidos a la luz de las normas sobre libre competencia?*
- 2. ¿En qué casos o bajo qué circunstancias un contrato para la venta puntual y/o suministro materia prima o producto terminado entre competidores no sería contrario a las normas de libre competencia?*
- 3. ¿Una empresa se debe negar a suministrar materias primas o producto terminado a sus competidores?*
- 4. ¿Qué requisitos o consideraciones se deben tener en cuenta para suscribir contratos de suministro de materias primas o producto terminado entre competidores?*
- 5. ¿Debería tener una valoración diferente una venta puntual de una materia prima y/o producto terminado entre competidores respecto de contratos de ejecución sucesiva?*
- 6. ¿Qué consideraciones se deben tener en cuenta respecto al plazo de duración de contratos legales entre competidores de suministro de materia prima y/o producto terminado? ¿Se debe tener en cuenta una vigencia máxima?” (sic)*

De conformidad con lo expuesto en el numeral 2 de este escrito, los conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se limitan a exponer pautas de acción sobre las materias a cargo de esta Superintendencia, mas no están destinados a interpretar o complementar actos administrativos proferidos previamente por la Entidad, y mucho menos a solucionar conflictos de carácter



particular. Por lo anterior, no es procedente que esta Oficina se pronuncie expresamente sobre los interrogantes de su consulta.

Además de lo anterior, como se explicó previamente, no puede determinarse mediante el presente concepto, si bajo sus interrogantes planteados se estaría incurriendo en algún acuerdo contrario a la libre competencia o si una conducta específica constituye o no una práctica restrictiva a la luz de la normatividad vigente en Colombia. Para ello, deberá adelantarse una investigación administrativa por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia.

De lo expuesto a lo largo del concepto, es claro que las prácticas conscientemente paralelas si bien por su propia naturaleza no tienen todos los elementos de un acuerdo expreso, surgen, entre otras cosas, de una coordinación que se manifiesta en las actuaciones de los participantes las cuales dan cuenta de un ambiente colaborativo y un comportamiento unificado en el que se evidencia que no compiten.

Los factores plus, son herramientas que permiten la identificación de características claras de este tipo de comportamiento, y sus efectos en el mercado.

La evidencia circunstancial representa el medio idóneo para inferir si un acuerdo en modalidad de paralelismo consciente tuvo lugar. Esa evidencia circunstancial, no describe específicamente los términos del presunto acuerdo cartelista. No obstante su utilidad se deriva de que su interpretación conjunta, bajo criterios de sana crítica, permite deducir razonablemente un ambiente de colaboración y de abstención de competir en el marco del cual el actuar paralelo puede entenderse como un resultado de una concertación antes que de un actuar autónomo¹³.

La OCDE en el documento “*Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*” (persecución de carteles sin evidencia directa) señaló que la valoración de la evidencia de tipo circunstancial debe realizarse de manera holística, es decir, por medio de la evaluación conjunta o acumulativa de todas las pruebas, en vez de considerar que cada evidencia de manera independiente soporta de manera inequívoca la hipótesis del acuerdo.

Por todo lo anterior, esta Superintendencia en calidad de Autoridad de Competencia, debe valorar la evidencia circunstancial que sea útil para acreditar el elemento consciente de una conducta paralela, lo que según esta Superintendencia, debe constar de dos etapas: 1) la caracterización de las condiciones inherentes a la estructura del mercado y el comportamiento de las empresas en él y 2) la evaluación de todos y cada uno de los fragmentos de evidencia circunstancial obrantes en el expediente de cada investigación. Ello, estrictamente necesario, para tipificar un acuerdo en modalidad de práctica conscientemente paralela como anticompetitivo.

¹³ Organización para el Desarrollo OCDE Prosecuting Cartels without Direct Evidence. 2006 Pág 5.



En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que la misma no compromete la responsabilidad de esta Superintendencia ni resulta de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

En la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente enlace:
<https://encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ%>

Finalmente, le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por esta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina>

Atentamente,

ÁLVARO YÁÑEZ RUEDA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

