

Radicación: 12 - 61309 – Caso “ASOSUBASTAS”

Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017

INVESTIGACIONES POR ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO – No es necesario definir el mercado relevante

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición de mercados relevantes en los casos de acuerdos entre competidores o cartelización empresarial. Al respecto, ha indicado que en dichos casos no es necesario avanzar en tal definición, aunque resulta pertinente hacer al menos una referencia sobre el mercado presuntamente afectado, el cual se determina por el alcance mismo de la conducta anticompetitiva. Así, para la Superintendencia de Industria y Comercio resulta suficiente para los efectos de la actuación administrativa sancionatoria identificar los bienes y/o servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo, y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica durante el periodo investigado.

[S]i bien la definición del mercado relevante no es un prerrequisito para analizar los casos de acuerdos entre competidores o carteles empresariales, sí es importante caracterizar el mercado afectado con el fin de analizar las condiciones del mismo y determinar el alcance que pudo tener la conducta investigada.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

*[A] la luz del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, si una conducta tiene por **objeto** la fijación directa o indirecta de precios, habrán de imponerse las sanciones previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, cuando dicha conducta, se reitera, sancionada por objeto, tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado. Significa lo anterior, que cuando se trate de una conducta sancionada por objeto, obviamente no es necesario demostrar la causación de efecto alguno por cuanto resultaría un contrasentido.*

*[E]l artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan por **objeto** la fijación directa o indirecta de precios y, por la otra, aquellos acuerdos que tengan como **efecto** la fijación directa o indirecta de precios.*

Los anteriores acuerdos, en cualquiera de las dos modalidades, comportan un carácter restrictivo de la competencia, de tal suerte que bajo una óptica sancionatoria, ambos resultan reprochables sin que sea necesario que se acredite en forma conjunta o concomitante el objeto y el efecto, bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

*Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de un conducta anticompetitiva por **objeto**, y que ella tiene la potencialidad para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla por **objeto** (objeto + potencialidad = conducta sancionable por objeto).*

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Actos restrictivos de la competencia – Actos de influenciación

Los actos restrictivos de la competencia son comportamientos unilaterales, característica que los diferencia de los acuerdos restrictivos de la competencia (carteles empresariales) que suponen la participación de dos o más agentes del mercado. Adicionalmente, los actos restrictivos de la competencia, para configurarse, no requieren ser llevados a cabo por un sujeto calificado o dominante, elemento que diferencia esta conducta de aquellas constitutivas de abuso de la posición dominante, que suponen que el agente que las realiza debe ostentar dicha calidad.

[P]ara que un acto restrictivo de los contenidos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 goce de elementos suficientes para generar efectos anticompetitivos al mercado, se requiere que el agente que lo desarrolla al menos tenga la posibilidad de influir en el funcionamiento del mismo o de modificar su estructura.

[E]l numeral 2 del artículo en cita (actos de influenciación), (...), se refiere a la conducta a través de la cual un agente del mercado influencia a otros para que incremente los precios de sus productos o servicios, o para que desista de su intención de rebajarlos. En este evento, se requiere que el agente económico que desarrolla la conducta tenga el poder suficiente para influenciar otro agente para que modifique su política de precios, sin que para que se configure la violación sea necesario comprobar el efecto.

Lo que debe comprobarse en este caso es la realización de la conducta por quien ostente un poder de influenciación suficiente con el fin de que su acto sea apto para que el sujeto pasivo reaccione ante ella, independientemente de que se pruebe que la conducta tuvo efectos. Así, se requiere que el sujeto activo ejecute conductas idóneas para que su interlocutor aumente los precios o se abstenga de reducirlos, independientemente de que a la postre el destinatario resulte efectivamente ejecutando la conducta.

Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017

No debe olvidarse que esta norma es de tipo preventivo, y que busca sancionar incluso la propuesta de comportamiento para incrementar los precios o desistir de bajarlos.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Agremiaciones y asociaciones

[E]l artículo 2 la Ley 1340 de 2009 establece que las normas de competencia son aplicables a todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar su desarrollo con independencia de su forma o naturaleza jurídica. En ese sentido, las agremiaciones y asociaciones contraen obligaciones y adquieren derechos en representación de sus asociados, en procura de la protección de intereses y la persecución de objetivos comunes, razón por la cual, son destinatarios de las normas de libre competencia. Lo anterior implica que en el presente caso en particular, una asociación de empresarios (gremio) debe observar en el giro ordinario de sus actividades, el debido cumplimiento de las normas de la libre competencia, con lo cual no quiere decir que se afecta el derecho constitucional de libre asociación.

[L]as asociaciones o gremios tienen tres tipos de funciones: (i) desarrollar actividades para sus miembros; (ii) prestar apoyo a las entidades regulatorias para la expedición de proyectos relativos al sector económico de su injerencia; y, (iii) realizar funciones políticas.

Así mismo, las asociaciones o gremios pueden incurrir en una eventual transgresión de las normas de libre competencia en razón del tipo de funciones que desarrollan, especialmente cuando agrupan agentes económicos que compiten entre sí (...)

[S]i bien la libertad de asociación y la libertad de empresa son derechos fundamentales, su ejercicio no puede ser abusivo, arbitrario, ni contrario a derecho. Por esto, se ha reconocido que las asociaciones tienen límites legales en el ejercicio de su labor, dentro de los cuales está el régimen de protección de la competencia, sin que esto constituya una vulneración o limitación al derecho de libre asociación (...)

[L]as asociaciones o gremios como sujetos de las normas de competencia están obligadas a desarrollar sus funciones dentro de dicho marco normativo y “deben abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados condiciones de fijación [de precios o tarifas] en razón a que dichos actos pueden llegar a considerarse como acuerdos o actos restrictivos de la competencia”.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general – Artículo 1 de la Ley 155 de 1959

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de distintas decisiones, ha interpretado la anterior disposición como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe toda práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado. De esta manera, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, incluye tanto las conductas definidas en el Decreto 2153 de 1992, como aquellas otras conductas que tienden a limitar la libre competencia económica.

Así las cosas, cuando se determina que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos estaría violando la prohibición general, sin que ello signifique que no pueda encuadrarse en los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992. En otros términos, si una conducta anticompetitiva se encuadra en las prácticas restrictivas de la competencia establecidas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también resultan violatorias de la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todas las conductas, prácticas, procedimientos o acuerdos que limiten, o tiendan a limitar la competencia.

Lo anterior no implica necesariamente que una violación a la prohibición general conlleve a una de las prácticas restrictivas de la competencia establecidas en el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica determinada puede tender a limitar la libre competencia, pero no incluirse en la lista de conductas del Decreto 2153 de 1992.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad personas naturales

[Q]ue la responsabilidad legalmente radicada en cabeza de las personas naturales, puede originarse en un hecho positivo o negativo; es decir, que una manifestación externa activa, o un comportamiento omisivo del agente presuntamente implicado en la conducta anticompetitiva, puede sancionarse en cumplimiento de las facultades legales anteriormente referidas.

[L]o que es susceptible de generar una posible sanción es la colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de una conducta restrictiva de la competencia. Así, puede concluirse que la responsabilidad de las personas naturales puede derivarse de la comisión de cualquiera de los comportamientos expresados en los citados verbos rectores.

Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017

Colaborar significa “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra.” De la anterior definición es posible deducir que una conducta colaborativa implica un trabajo conjunto de varios sujetos con una misma finalidad en un determinado proyecto o una determinada labor.

Facilitar significa “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Lo anterior significa que el sujeto facilitador proporciona un cierto tipo de ayuda que, por su naturaleza, hace más cómoda o posible la realización de una determinada conducta o acción.

Autorizar significa “dar o reconocer a alguien la facultad o derecho para hacer algo”. Esta definición conlleva el otorgamiento de una potestad o permiso para la realización de una determinada acción.

Ejecutar significa “poner por obra algo”. La anterior definición consiste en que quien ejecuta es el sujeto activo de una acción que transforma la realidad material de un contexto específico. Así, la ejecución de la conducta se puede traducir en la realización o puesta en práctica de una determinada actividad o tarea.

Tolerar significa “permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente”. Así, el sujeto activo que tolera, está incurso en una conducta omisiva al condescender en el acaecimiento de un comportamiento calificado como ilegal, lo cual implica la aquiescencia o el beneplácito, por vía pasiva, respecto de tal comportamiento.

Teniendo en cuenta la redacción de la norma examinada, es claro para el Despacho que en virtud del mencionado artículo son responsables, todos aquellos sujetos de derecho que hayan colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas, con independencia de si se trata o no de aquellos que son descritos como administradores en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, o si se trata de funcionarios o ex funcionarios, o empleados o ex empleados, o si su vinculación con el agente del mercado obedece a otro tipo de relación jurídica laboral o comercial.