

Radicación: 17 - 288979 – Caso “CLORO SODA”

Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Programa de Beneficios por Colaboración

En esencia, el programa de delación consiste en el mecanismo a través del cual un empresario, que forma parte de un cartel empresarial, queda exonerado total o parcialmente del pago de la sanción económica que, de otro modo, le hubiera tocado pagar. Lo anterior, a cambio de informar la existencia del cartel y aceptar su participación en el mismo ante la autoridad de competencia, aportar pruebas e información sobre su funcionamiento, duración, participantes, entre otros, y acatar los requisitos establecidos en la ley, tales como no controvertir los hechos reconocidos previamente en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración.

En ese orden de ideas, en primer lugar, debe contarse con unas sanciones lo suficientemente disuasorias para que al momento de realizar un típico análisis de costo-beneficio, el resultado sea en favor de colaborar con la autoridad. Como complemento de lo anterior, el cartel empresarial debe tener un riesgo real de detección y sanción, lo cual está íntimamente asociado con las facultades con que cuenta la Autoridad de Competencia y con la fortaleza institucional de la misma. Finalmente, el tercer elemento clave para el éxito del programa de delación estriba en la transparencia y seguridad jurídica para sus aplicantes, siempre y cuando, claro está, el comportamiento de estos durante el trámite de la solicitud de beneficios y la investigación correspondiente sea igualmente transparente y, sobre todo, congruente. En este sentido, es apenas lógico que este beneficio no pueda ser concedido a aplicantes que, por ejemplo, controviertan durante la investigación los hechos que habían reconocido previamente en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración.

Ahora bien, para que la Superintendencia de Industria y Comercio adopte una decisión final favorable sobre la concesión del beneficio de exoneración total o parcial del pago de la multa, no basta con la simple confesión de la participación de la persona natural o jurídica en el cartel empresarial, pues ello es tan solo uno de los requisitos de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración. Para lograr el beneficio, la persona natural o jurídica deberá colaborar efectivamente durante el curso de la actuación administrativa.

Así las cosas, nótese que quien se acoja al Programa de Beneficios por Colaboración deberá actuar de buena fe, absteniéndose de conductas que minen la investigación, tales como controvertir durante la investigación los hechos que había reconocido previamente en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, desatender requerimientos, destruir, alterar u ocultar la información que posea, entre otras.

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

[E]n los casos de cartelización empresarial no es necesario definir el denominado “mercado relevante”. Lo anterior, toda vez que es el alcance de la conducta investigada el que determina el mercado presuntamente afectado. Es decir, el cartel empresarial es el que determina el mercado o productos afectados o involucrados, lo que en realidad poco o nada tiene que ver con el concepto técnico de “mercado relevante”, necesario en el análisis de conductas como las de abuso de posición de dominio o en la evaluación previa de integraciones empresariales, entre otras. Por esta razón, tratándose de carteles empresariales, esta Superintendencia, más que de “mercado relevante” ha hablado es de mercado afectado.

No obstante lo anterior, esta Entidad ha insistido en que el hecho de que la definición del mercado relevante no sea un prerrequisito para analizar los casos de carteles empresariales, no significa que no deba caracterizarse el mercado en el que participan los agentes investigados y en el que se ha desarrollado la presunta conducta anticompetitiva, pues es dicha caracterización la que también permite a la Superintendencia de Industria y Comercio analizar las condiciones del mercado y determinar los posibles efectos de la conducta en el mismo.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Repartición de mercados

Esta conducta reviste la mayor gravedad, hasta el punto que la doctrina especializada ha considerado que puede ser incluso más anticompetitiva que los acuerdos de fijación de precios, en la medida en que permiten a los carteles evitar las dificultades de monitorear y controlar los precios previamente fijados y asignar cuotas de mercado entre los miembros del cartel. En estos casos, el cartel simplemente necesita monitorear dónde o a quién están vendiendo las empresas cartelistas. Además, los acuerdos de reparto de mercado, a diferencia de los de fijación de precios, ni siquiera encuentran amenazas en factores de competencia no relacionados con los precios, tales como la calidad y el servicio.

[L]os cartelistas coordinaban su comportamiento en las ofertas que presentaban a los procesos de selección, a través del intercambio de información sensible relacionada con los precios de cotización de su producto. Esta estrategia tenía como objetivo que la compañía designada entre los cartelistas para atender determinado cliente presentara mejor oferta o que incluso fuera la única oferente, y que de esta manera se concretara la contratación con esa compañía.

Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019

En el marco de dicha dinámica, para simular un escenario de competencia e inducir en error al contratante, la empresa que con base en el acuerdo no iba a atender determinado acueducto acudía a diferentes mecanismos para ser descartada del proceso de contratación, por ejemplo, ofertar con un precio superior al del cartelista que debía obtener el contrato, o que superara el presupuesto oficial fijado en cada proceso, o justificar por intermedio de una carta que la compañía no contaba con la capacidad suficiente para participar, u otros motivos similares.

[I]Implementaron mecanismos con la finalidad de asegurar el funcionamiento del acuerdo restrictivo de la competencia y mantenerlo en la clandestinidad. Para ello, realizaban seguimiento o monitoreo a la dinámica anticompetitiva, implementaron una rotación de clientes por periodos para no levantar sospecha de la repartición concertada y, por supuesto, trataron de evitar cualquier formalidad que posteriormente pudiera convertirse en prueba directa que los comprometiera.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Repartición de mercados – Mercados con un alto nivel de concentración o pocas empresas participantes

En resumen, un mercado caracterizado como duopolio, con un alto nivel de concentración y en que la demanda del producto es inferior a su potencial producción, se traduce en un incentivo que hace más probable la ocurrencia de conductas anticompetitivas destinadas a la asignación del mercado para contrarrestar el desequilibrio advertido.

[E]l riesgo de una coordinación exitosa entre competidores en mercados oligopólicos con las características mencionadas se aumenta cuando los agentes involucrados logran superar tres aspectos principales: (i) alcanzar un consenso en términos de coordinación entre ellos; (ii) crear mecanismos de seguimiento y estimular la no desviación de lo acordado; y (iii) prevenir la entrada o la expansión de otros competidores en el mercado, que puedan poner en riesgo lo pactado.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Condiciones favorables a la colusión

La doctrina especializada ha desarrollado un conjunto de diecisiete (17) evidencias económicas o marcadores relevantes para esclarecer qué tan probable es que exista un cartel empresarial en determinado mercado o circunstancias que revelan “condiciones favorables a la colusión”.

- Marcador 1: Mercado concentrado por el lado de la oferta
- Marcador 2: Ausencia de pequeñas firmas
- Marcador 3: Demanda inelástica en el precio de competencia
- Marcador 4: Entrar al mercado toma un tiempo considerable
- Marcador 5: Demanda del mercado desconcentrada
- Marcador 6: Productos homogéneos
- Marcador 7: Productos no durables
- Marcador 8: Las principales empresas venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución
- Marcador 9: La competencia en precios es más importante que otras formas de competencia
- Marcador 10: Alta proporción de costos fijos frente a costos variables
- Marcador 11: Estructuras de costos y procesos de producción similares
- Marcador 12: Demanda estática o decreciente en el tiempo
- Marcador 13: Los precios pueden cambiarse rápidamente
- Marcador 14: Existencia de subastas a sobre cerrado
- Marcador 15: El mercado es local
- Marcador 16: Existencia de prácticas cooperativas

Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019

- Marcador 17: Antecedentes de la industria en materia de libre competencia económica

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria

[L]a facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o **del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo.**

En tal medida, las conductas ejecutadas por los cartelistas, relacionadas con la repartición del mercado por medio de la distribución de los clientes directos que atendían, son de carácter continuado al no haberse consumado en un único momento, sino que se materializaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo, todos comprendidos dentro de la ejecución de una estrategia coordinada, continuada y concertada, como lo demuestran las diferentes pruebas analizadas en acápite previos. Lo anterior significa que la conducta aludida se prolongó en el tiempo y en el espacio, siendo entonces la comisión de la falta permanente y continuada.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general

Al respecto, debe recordarse que la conducta de prohibición general que está contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prevé:

“Artículo 1. Prohibición general. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

(...)”.

Sobre dicha norma, esta Entidad y la propia Corte Constitucional –en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró su exequibilidad– han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: **(i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.**

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Quiebres estructurales

La literatura económica reconoce en la existencia de quiebres estructurales un indicador económico que sería una señal de la posible existencia de colusión en el mercado. Sin embargo, también advierte que esto no puede entenderse como una prueba concluyente de la existencia de un cartel empresarial sino como una evidencia circunstancial que evalúa el comportamiento de las empresas en el mercado y que de cumplirse, aumentaría la probabilidad de existencia de un cartel en el mismo.

En este sentido y de acuerdo con Harrington, el análisis económico, en el que se incluye la realización de pruebas de quiebres estructurales, puede jugar un papel importante como un primer paso en la detección de carteles empresariales a través de un proceso de revisión minuciosa (“screening” en su concepción en inglés) de las industrias, con el fin de identificar si el comportamiento observado de las empresas es más factible que se dé en un escenario de colusión frente a un escenario de competencia.

Para Harrington, en el marco de 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 o por fluctuaciones de la demanda por el producto. Lo anterior puede presentarse ya sea por periodos de castigo o recompensa o por las diferentes fases que atraviesa el acuerdo colusorio (una primera fase de aproximación al precio de equilibrio y una segunda fase de estabilidad del precio en el nivel óptimo del cartel empresarial).

En este sentido, la existencia de un quiebre estructural no necesariamente coincide con la finalización del acuerdo, sino que puede reflejar el inicio de una nueva fase del mismo, como puede serlo un periodo de desvío y castigos, sin que esto signifique que se ha acabado.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho al debido proceso

Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019

[L]a garantía del debido proceso en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica radica en que la Superintendencia de Industria y Comercio aplique y observe todas y cada una de las normas integrantes del régimen, el cual, como lo ha aseverado la Corte Constitucional, “tiene como todos los de su especie, tres escenarios fundamentales de despliegue, como son: el de la determinación de las conductas que se prohíben o censuran; el de los procedimientos aplicables cuando haya lugar a investigaciones; y el de las sanciones que deban ser impuestas en caso de haberse probado las infracciones”.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho al debido proceso – Valoración probatoria – Prueba testimonial

[C]omo parte del debido proceso y de las garantías procesales que deben ser resguardadas por la Autoridad, se encuentra el derecho a la defensa y contradicción de los investigados, en virtud del cual estos últimos cuentan con el derecho a aportar y solicitar todas las pruebas que consideren pertinentes y deseen hacer valer dentro de la investigación, garantía esta que fue otorgada a todos los involucrados durante la presente actuación. No obstante, no puede olvidarse que dichas pruebas, una vez decretadas y practicadas, deben ser sujetas a un ejercicio de valoración por parte de esta Entidad, de acuerdo al ordenamiento nacional, cuyo fin es que a partir de criterios objetivos de valoración les sea otorgado el valor probatorio correspondiente.

En este sentido, la Corte Suprema establece de manera clara que al momento de valorar un testimonio, el juez o autoridad administrativa debe iniciar verificando que las declaraciones que sean rendidas por el testigo se hagan incluyendo, de manera detallada, “las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, y la explicación concerniente al lugar, modo y tiempo como el testigo tuvo conocimiento del mismo”, de forma que pueda apreciarse la veracidad del testimonio.

De igual forma, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de verificar que la declaración testimonial sea: (i) responsiva, esto es que “cada contestación [sea] relatada por su autor de manera espontánea suministrando la razón de la ciencia de lo dicho”; (ii) exacta, lo cual ocurre “cuando la respuesta es cabal y por lo tanto no deja lugar a incertidumbre”; y (iii) que sea completa, es decir, que “la deposición no omita circunstancias que puedan ser influyentes en la apreciación de la Prueba”.

Finalmente, el Consejo de Estado ha reiterado que no puede perderse de vista que el testimonio no es otra cosa que “el relato de los hechos percibidos” por el testigo, razón por la cual “hay que acudir al texto de las pruebas” adicionales que obran en el Expediente, precisamente para verificar que “las declaraciones son responsivas, exactas y completas o si por el contrario son vagas, incoherentes o contradictorias”. Esto mismo fue resaltado por esta Superintendencia en el Informe Motivado, en el que se estableció que “un criterio trascendental para el ejercicio de valoración de las declaraciones consiste en su concordancia con los resultados que arrojan otros medios de prueba disponibles en el proceso”.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho al debido proceso – Principio de imparcialidad

A través de la efectividad de este principio se busca que los ciudadanos no sean juzgados de manera arbitraria, sino que en cambio sean juzgados conforme lo estrictamente señalado en la ley, sin ningún tipo de discriminación o animadversión. De acuerdo con esto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, trae como mecanismos para garantizar la integridad del principio de independencia el régimen de impedimentos y recusaciones. Así, en caso tal de que un investigado en un proceso por prácticas restrictivas de la libre competencia económica considere que ese principio está siendo vulnerado o potencialmente afectado, puede presentar una recusación contra el funcionario que en ese momento sea el competente dentro del proceso sancionatorio.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho al debido proceso – Vicios y otras irregularidades del proceso

[E]n la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia el legislador estableció una oportunidad específica para alegar cualquier irregularidad o vicio que pueda afectar el procedimiento. Esa oportunidad está dada antes del inicio del traslado del informe motivado o si ocurriesen con posterioridad a este traslado, dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa. El legislador también estableció una consecuencia jurídica cuando esos vicios o irregularidades no se aleguen dentro de la respectiva oportunidad y es que se entenderán saneados.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Conductas anticompetitivas por efecto y conductas anticompetitivas por objeto

*[E]l régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales. De igual forma, y*

Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019

como ha sido manifestado en anteriores ocasiones por esta Superintendencia, puede aseverarse que el concepto “tendiente a” establecido en la prohibición general se trata de una prohibición por objeto. Por esta razón, debe entenderse que la prohibición general prohíbe todo tipo de prácticas, procedimientos o sistemas que tengan como **objeto** limitar la libre competencia y por lo tanto no requiere de la consumación de un resultado. Esto, toda vez que esta Entidad ha referido “que la implicación de las denominadas conductas “por objeto” recae específicamente en el hecho que la Autoridad no solo **no está en la obligación de establecer los efectos de la conducta en el mercado**, sino que tampoco está en la obligación de determinar la intención de los investigados” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad de las personas naturales

(i) [E]n el derecho administrativo sancionatorio los principios y elementos propios del derecho penal se aplican en menor grado o no se aplican; (ii) que si bien en materia administrativa no debe probarse el dolo o la culpa del infractor, esto no determina que la responsabilidad sea objetiva; (iii) que debe existir prueba de la acción u omisión de la persona natural para establecer su responsabilidad, o incluso de la posibilidad que esta última tenía de conocer la existencia de las conductas ilegales; y (iv) que la presunción de inocencia pierde vigencia una vez el acto administrativo por medio del cual se declara la responsabilidad de la persona está en firme.

[L]os verbos contenidos en la descripción de la conducta implican que puedan existir tanto comportamientos activos como pasivos o de omisión que configuran la infracción administrativa. No obstante, para ambos tipos de comportamientos es necesario que la administración encuentre acreditada la participación de la persona natural vinculada a un agente de mercado. Particularmente, la jurisprudencia administrativa ha indicado que “(...) la norma [numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992] considera como infracción desde las conductas **activas**, como **ejecutar o autorizar**, pasando por aquellas **tangenciales**, como **facilitar o colaborar** y llegando hasta las meramente **permisivas**, como **tolerar**”.

[E]n materia administrativa sancionatoria los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, in dubio pro reo, defensa, contradicción, entre otros, propios del derecho penal, resultan aplicables con menor rigurosidad. Así las cosas, debe recordarse que el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio son modalidades del ius puniendi del Estado y, en ese sentido, si bien comparten algunos aspectos, difieren en su aplicación.

[F]rente a los procesos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica el Consejo de Estado ha señalado que factores subjetivos, tales como la intención de las personas que convienen un acuerdo anticompetitivo, tampoco son relevantes al momento en que la Autoridad Nacional de Competencia realiza el análisis de responsabilidad respectivo.

[P]ara determinar la responsabilidad de una persona natural que infringe el régimen de la libre competencia económica no se requiere probar la culpabilidad de la misma en la realización del comportamiento activo o pasivo, por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida, sin que ello implique un régimen de responsabilidad objetiva, como lo ha clarificado la jurisprudencia previamente referida.

[T]oda conducta debe estar debidamente probada para que proceda la declaratoria de responsabilidad. Esto es, que exista al menos una prueba de la acción u omisión o de la posibilidad que la persona tenía de conocer la existencia de las conductas ilegales.

[L]a necesidad de la prueba es una condición imprescindible sin la cual no puede procederse a declarar la responsabilidad de una persona por incurrir en un comportamiento restrictivo de la competencia.

[N]o es posible trasladar el análisis que en materia penal debe hacerse sobre la comisión de un delito al ámbito del derecho administrativo sancionatorio, donde se imponen multas pecuniarias y se reprochan las conductas contrarias a derecho que están consagradas como infracciones. Así mismo, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, para declarar la responsabilidad administrativa de una persona natural en este tipo de procesos no se requiere probar factores subjetivos tales como el dolo y la culpa.

Así, para poder declarar la responsabilidad y desvirtuar la garantía fundamental de la presunción de inocencia se requiere que la persona haya actuado de manera activa –autorizar, colaborar, ejecutar, facilitar– o pasiva –tolerar– respecto a la conducta anticompetitiva, debiendo existir prueba directa de la realización de la misma o prueba de que la persona, en razón de sus funciones y de acuerdo con las normas de la sana crítica, conocía de ella o debía conocerla de haber actuado con la suficiente diligencia. Esto demuestra la consciencia de la persona en la ejecución de la infracción.