

**Radicación: 11 - 116942 – Caso “CEMENTOS”**

**Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017**

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO – No es necesario definir el mercado relevante**

*[E]n los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar la definición del denominado “mercado relevante”. Lo anterior, toda vez que es el alcance de la conducta investigada el que determina el mercado presuntamente afectado. Es decir, es el cartel empresarial 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”. Por esta razón, tratándose de carteles empresariales, esta Superintendencia, más que de “mercado relevante” ha hablado es de mercado afectado.*

*[E]l 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.*

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Fijación de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente**

*[L]os acuerdos anticompetitivos o carteles empresariales pueden manifestarse de dos modalidades diferentes, cada uno de ellos con su respectivo estándar probatorio para acreditar su existencia en el mercado, división o clasificación.*

*La primera modalidad de acuerdo restrictivo de la libre competencia económica se presenta cuando, con cualquier elemento material probatorio se demuestra de forma directa la existencia del acuerdo, es decir, cuando en la actuación administrativa existen pruebas tales como la confesión de uno o varios cartelistas (que por ejemplo, puede haberse dado o no a través del programa de delación o de beneficios por colaboración); correos electrónicos que comprueban la existencia del cartel, su dinámica de funcionamiento y los intervinientes; mensajes a través de aplicaciones tecnológicas de mensajería instantánea como WhatsApp, Facebook, Google o similares; y otros documentos que contienen acuerdos, actas de Asambleas o de Junta Directiva, que le permiten a la Autoridad de Competencia concluir que existió un “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.*

*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”).*

*[E]l Consejo de Estado, la igualdad o la identidad de los precios para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, representa un elemento probatorio suficiente para identificar un acuerdo de precios por vía de una práctica conscientemente paralela.*

*[D]e forma complementaria, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido reiteradamente que para configurar una práctica de fijación de precios conscientemente paralela, basta que se advierta y compruebe una simetría de precios en un periodo de tiempo dado, con variaciones homólogas y tendencias homogéneas, siempre y cuando tal simetría esté acompañada de factores adicionales que denoten que el comportamiento de los precios responde a una concertación 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 las más connotadas autoridades de competencia alrededor del mundo como “factores plus”, al igual que por la doctrina más autorizada.*

*[P]ara tipificar un acuerdo cartelista en la modalidad de práctica conscientemente paralela, debe hacerse una valoración conjunta del paralelismo y de los factores plus que conforman el elemento consciente, pues solo a partir de la conexión entre todos estos elementos puede determinarse la existencia de un acuerdo anticompetitivo y descartar la existencia de cualquier otro fenómeno que pudiera justificar el panorama económico simétrico objeto de reproche.*

*[P]ara poder catalogar un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de paralelismo consciente debe encontrarse demostrada la existencia y concurrencia de dos elementos fundamentales: **(i) el paralelismo**, que desde lo económico permite corroborar la existencia de un patrón armónico entre las variables de competencia; y **(ii) el elemento consciente**, que abarca el conjunto de pruebas circunstanciales y de todos aquellos factores indirectos que permiten inferir que el paralelismo es producto de un actuar concertado (factores plus).*

*En relación con el elemento consciente, la Autoridad de Competencia 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.*

**Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017**

*[E]n el tipo de conductas de paralelismo consciente, existen al menos una serie de criterios líderes que pueden constituir factores plus relevantes a efectos de caracterizar completamente dicha conducta.*

*Estos entre otros, son:*

- Acciones contrarias al interés de cada investigado, a menos que el análisis se hiciera bajo la premisa de que los investigados actuaran bajo una unidad de propósito o plan estratégico para afectar la libre competencia.*
- Resultados económicos que solamente pudiesen ser explicados como producto de una acción concertada en el mercado por parte de los investigados.*
- Ausencia de una razón comercial legítima y plausible para realizar la conducta analizada, tal y como podrían ser el llevar a cabo ciertas comunicaciones entre rivales o mantener un ambiente de permanente cooperación y colegaje, o la presentación de razonamientos artificiales para justificar ciertas conductas llevadas a cabo por los investigados.*

*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.*

*(i) las cuotas de mercado, los clientes o el dominio geográfico se mantienen estables aun cuando las empresas tienen un exceso de capacidad y los precios y las ganancias están aumentando;*

*(ii) 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;*

*(iii) las empresas realizan transacciones entre ellas –como transferencias de recursos– que carecen en gran medida de motivaciones productivas no colusorias; entre otras .*

*En relación con el paralelismo, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dispuesto que hace referencia a aquellas “(...) situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en las cuales se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos (...)”. En este mismo sentido, esta Autoridad de Competencia ha aclarado que “no se requiere una similitud o exactitud en los precios de los diferentes agentes, sino que basta que existan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo en lo que respecta a las cantidades y precios ofrecidos”.*

*En este orden de ideas, habrá paralelismo cuando la conducta de los agentes económicos muestre un patrón armónico de comportamiento, no necesariamente idéntico, en relación con las variables de competencia. El paralelismo podrá predicarse específicamente de los precios cuando dos o más agentes económicos de un determinado mercado, de manera estratégica, oferten sus productos y/o servicios a precios que muestren comportamientos y variaciones armónicas durante un determinado periodo de tiempo.*

*[L]as prácticas de fijación de precios concretadas en la modalidad de paralelismo consciente hacen parte del régimen general de protección de la libre competencia económica y, por consiguiente, deben ser “leídas, interpretadas y aplicadas, en relación con el subsistema normativo al que pertenecen”, en concordancia con lo dispuesto por la Sentencia C-032 de 2017 de la Corte Constitucional.*

*Adicionalmente, en esta modalidad de conducta anticompetitiva concurren los elementos necesarios para satisfacer los principios de tipicidad y legalidad que exige el derecho administrativo sancionatorio (los cuales fueron reiterados en la misma Sentencia C-032 de 2017), esto es: (i) que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa; (ii) que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; y (iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción.*

*Respecto del elemento consciente, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que alude a actuaciones coordinadas, sincronizadas y estratégicas de varios agentes del mercado que dan cuenta de una abstención de competir y un comportamiento uniforme en el mercado.*

*[E]l 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 este sentido, sin existir prueba directa de que los investigados celebraron expresamente un acuerdo cartelista, conscientemente sustituyen todos los riesgos que trae consigo la competencia, por un entorno armónico de cooperación práctica entre ellos.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente – Valoración probatoria**

**Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017**

*[N]o resulta acertado igualar el estándar de prueba, como ya se dijo, de conductas como la acá investigada (paralelismo consciente) con el de los carteles empresariales de los que se tenga prueba directa –como documentos que plasmen los acuerdos ilícitos o incluso confesiones obtenidas en el marco del programa de beneficios por colaboración–, por cuanto la acreditación del elemento consciente en los términos descritos depende de la valoración de los factores plus provenientes de evidencia circunstancial.*

*[E]n estos escenarios la evidencia circunstancial adquiere un rol fundamental, ya que representa el medio idóneo para inferir si el acuerdo en modalidad de paralelismo consciente tuvo lugar. Esa evidencia circunstancial, vale la pena reiterar, no describe específicamente los términos del presunto acuerdo cartelista y puede ni siquiera aludir a este. 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 autónomo.*

*[L]a tarea de toda Autoridad de Competencia, en este caso, de la Superintendencia de Industria y Comercio, es aproximarse a la definición de un estándar adecuado para valorar la evidencia circunstancial que sea útil para acreditar el elemento consciente de una conducta paralela. Para ello, a juicio del Despacho, el análisis debería contener al menos dos etapas: (i) la caracterización de las condiciones inherentes a la estructura del mercado y el comportamiento de las empresas en él, tema que en el presente caso fue abordado en las secciones anteriores; y (ii) la evaluación de todos y cada uno de los fragmentos de evidencia circunstancial obrantes en el Expediente de la respectiva investigación, con el ánimo de realizar una valoración de la referida evidencia de manera global e interdependiente a fin de aproximarse a dichas piezas probatorias con una visión holística de las mismas para poder emitir una conclusión final técnicamente robusta.*

*[L]a evidencia circunstancial sometida a evaluación en suma deberá aportar importantes indicios que den cuenta de posibles situaciones que afectan la libre competencia y que en conjunto, constituyen elementos valiosos para diferenciar entre el resultado de un escenario de competencia oligopolística al de un escenario de colusión o cartelización.*