

Radicación: 15-160585 – Caso “LA MESA”

Resolución No. 91153 del 14 de diciembre de 2018

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

En los casos de cartelización empresarial, como el que se investiga en la presente actuación administrativa, no es necesario realizar un ejercicio de definición de mercado relevante, toda vez que el alcance del acuerdo investigado es el que determina el mercado que presuntamente fue afectado. En otras palabras, el propio acuerdo que se investiga es el que determina cuáles bienes y servicios son los involucrados y cuál es el alcance geográfico del mismo. En este sentido, no resulta necesario ni adecuado realizar un análisis de mercado relevante como el que se desarrolla en casos de evaluación de integraciones empresariales o en investigaciones de abusos de posición de dominio y otras conductas unilaterales.

PRACTICAS RESTRICATIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de distintas decisiones, ha interpretado [el artículo 1 de la Ley 155 de 1959] 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 mercado¹.

Según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se reprochan tres tipos de actos²:

(i) 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. Sobre este punto, el fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos, se reduzca la oferta y por ende se incrementen los precios. Al ser esta una prohibición por objeto, la norma no solo indica el estándar probatorio necesario para declarar la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos son de una peligrosidad tal para la libre competencia, que el mero acuerdo es por sí mismo restrictivo.

(ii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. De esta manera, la sola demostración de que una práctica, procedimiento o sistema tienda a limitar la competencia, da lugar a un reproche por parte del Estado.

(iii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. Al igual que la conducta anterior, la mera tendencia a mantener o determinar precios inequitativos, da lugar a sanción por parte de la Autoridad de Competencia.

El no prohibir las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia implicaría de plano permitir dichas conductas, situación que no sería acorde con la finalidad de las normas de competencia ni con la protección del orden público que su aplicación busca.

PRACTICAS RESTRICATIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Acuerdos de precios

Fijar los precios de manera artificial y consensuada entre competidores restringe la competencia en precios en el mercado.

Resulta irrelevante a efectos de determinar la conducta imputada (acuerdo de los precios ...), pues el mismo resulta reprochable no en atención al carácter formal o informal del documento donde fue consignado, ni mucho menos en atención a la debida o indebida representación que ejercieron sus asistentes frente a sus respectivas empresas. El juicio de reproche frente a tal comportamiento se erige en atención a su contenido mismo (acuerdo de fijación de precios), y se sustenta en su acatamiento por parte de las empresas investigadas y, sobre todo, en su correspondiente implementación.

INVESTIGACIONES POR ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO – Responsabilidad de las personas naturales

La sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción³.

¹ Resoluciones No. 6839 de 2010, 65477 de 2010 y 53403 de 2013.

² Esta clasificación ha sido compartida por la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

³ Resoluciones Nos. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

Resolución No. 91153 del 14 de diciembre de 2018

Para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, y haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

INVESTIGACIONES POR ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria

En materia de protección a la competencia existe una norma especial respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad Única de Competencia (Superintendencia de Industria y Comercio), contemplada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La 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, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado**”.

De esta forma, es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia cuando se investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Conductas anticompetitivas por objeto – Intención de los investigados

El numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece que serán considerados anticompetitivos los acuerdos que tengan **por objeto** o como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado⁴.

En este sentido, en la aplicación de las normas de libre competencia en Colombia, incluido el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que proscribe los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

El régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico, tal y como se mencionó anteriormente. Esta afirmación, por supuesto, es predicable de los acuerdos restrictivos de la libre competencia descritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, esa disposición no prevé la intención o propósito reprochable como un elemento de configuración de la prohibición de incurrir en ese tipo de comportamientos coordinados. Incluso, la intención –buena o mala– de las personas naturales involucradas en un acuerdo anticompetitivo no es siquiera un elemento de graduación de la sanción en los términos del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

La intención de los participantes en un acuerdo anticompetitivo no es un elemento constitutivo de la infracción.

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4191 de 2017.

Resolución No. 91153 del 14 de diciembre de 2018**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Conductas anticompetitivas – Objeto ilícito**

En virtud del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito, como es el caso de un acuerdo anticompetitivo para la fijación directa de precios en los términos del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Non bis in ídem

Se desconoce el principio del non bis in ídem cuando se permite “que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos”⁵. Desde esa perspectiva, en abundante jurisprudencia se han decantado los supuestos de aplicación del principio del non bis in ídem, los cuales deben atender a tres identidades: (i) de sujeto; (ii) de objeto; y, (iii) de causa.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Averiguación preliminar

*Según el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que establece el procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, existe una etapa de **averiguación preliminar** que no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si debe o no abrirse una investigación administrativa, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado⁶.*

*En la etapa de **averiguación preliminar**, por regla general, esta Superintendencia adelanta visitas administrativas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley. No obstante, al momento de realizar una visita administrativa en la mayoría de los casos aún no se cuenta con elementos de juicio suficientes que permitan calificar los hallazgos como “ilegales” y, así mismo, en dicha etapa no se han constituido partes y no existen supuestos de hecho, ni imputación en contra de ninguna persona jurídica o natural.*

*El resultado de la etapa **averiguación preliminar** es el que determinará la necesidad de realizar una investigación formal, en donde se abre formalmente la investigación y se formulan cargos a las personas jurídicas o naturales por la presunta comisión de conductas que atentan contra la libre competencia*

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Medidas cautelares

En virtud del numeral 5 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 esta Superintendencia tiene como función de “[o]rdenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal. (...)”. Dicha disposición en armonía con el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, habilita la adopción de medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

La adopción de medidas cautelares no procede de forma automática al inicio de una averiguación preliminar. Para su decreto, esta Entidad debe comprobar: (i) la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta restrictiva de la competencia; (ii) el riesgo de la efectividad de una eventual decisión sancionatoria en el evento de no decretarse la medida cautelar; y (iii) la proporcionalidad de la medida cautelar.

Si no se encuentran satisfechos los anteriores requisitos, esta Superintendencia no podrá acceder al decreto de medidas cautelares.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultad para ordenar la modificación o terminación de las conductas anticompetitivas

*Para su concreción se requiere que previamente se establezca la existencia de una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, momento en el que los investigados adquieran la calidad de **infractores** y, en consecuencia, esta Superintendencia dependiendo de las particularidades del caso, podrá ordenar la modificación o terminación de las conductas sancionadas.*

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2018.

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola, 23 de enero de 2003, Rad. No.: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909).

Resolución No. 91153 del 14 de diciembre de 2018

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Excepciones – Facilidades comunes

El numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 dispone una de las excepciones establecidas en la ley para la aplicación del régimen de libre competencia, a saber, los acuerdos que recaigan sobre procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

Para la aplicación de la mencionada excepción es indispensable la existencia de una facilidad común, entendida esta última como cualquier bien o servicio que, no perteneciendo privativamente a uno o más competidores, puede ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado⁷.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Sujetos del régimen de libre competencia

El artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 establece que las normas de libre competencia serán aplicadas a “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

Las normas de libre competencia no diferencian la calidad jurídica de las personas investigadas, teniendo como único punto de análisis para la aplicación de las normas el hecho que los investigados desarrollen una actividad económica o la afecten.

Al haber participado en la afectación al desarrollo de una actividad económica en uno de los mercados nacionales, deben ser considerados sujetos del régimen de libre competencia.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Intervención del Estado en la Libre Competencia

La libre competencia es un derecho de carácter constitucional, reconocido por el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia como un derecho de todos.

No puede ser entendido como un derecho absoluto, y que en ocasiones el Estado está en la obligación de intervenir. Sin embargo, la intervención del Estado en la economía y en el desarrollo de la libre competencia está expresamente delimitado en la ley, y no puede ser entendido como una facultad absoluta del Estado.

El artículo 333 de la Constitución Política establece que el Estado, por mandato de la ley, controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Si bien es cierto que la libre competencia no es un derecho absoluto, cualquier intervención del Estado en el mismo deberá estar sustentado en la ley, de lo contrario se desdibujaría el objeto de uno de los principales pilares de la economía de mercado.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Vicios y otras irregularidades del proceso

El artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, norma especial en materia de vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, establece unas oportunidades perentorias para proponer las solicitudes de nulidad.

Como puede observarse, la norma establece que los vicios o irregularidades deben alegarse antes del inicio del traslado al investigado del Informe Motivado al que se refiere el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, so pena de que se tendrán por saneados. Adicionalmente, la norma señala que si los supuestos vicios o irregularidades ocurriesen con posterioridad, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

Lo anterior constituye la materialización del principio de preclusividad de las etapas procesales. Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional que:

“Sabido es, que “la preclusión” es uno de los principios fundamentales del derecho procesal y que en desarrollo de éste se establecen las diversas etapas que han de cumplirse en los diferentes procesos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos procesales que le son propios, transcurrida la cual no pueden adelantarse. En razón a éste principio es que se establecen términos dentro de los cuales se puede hacer uso de los recursos de ley, así mismo, para el ejercicio de ciertas acciones o recursos extraordinarios, cuya omisión genera la caducidad o prescripción como

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 23890 de 2011.

Resolución No. 91153 del 14 de diciembre de 2018

sanción a la inactividad de la parte facultada para ejercer el derecho dentro del límite temporal establecido por la ley.”⁸

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Monto de la sanción

De conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.

⁸ Corte Constitucional. Auto 232 de 2001.