

EL MERO PARALELISMO DE PRECIOS NO EQUIVALE A UN CARTEL

Por

Alfonso Miranda Londoño
Daniel Beltrán Castiblanco¹

La aplicación de la normativa de libre competencia en Colombia es responsabilidad casi exclusiva de la Autoridad Nacional de Competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), la cual ejerce una actividad de alta policía administrativa en protección del principio constitucional de libre competencia económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política. Las decisiones de la SIC pueden ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual se considera que la jurisprudencia administrativa en materia de libre competencia es de fundamental importancia para el desarrollo y conceptualización de este derecho en Colombia.

Es innegable que el Derecho de la Competencia ha adquirido una gran visibilidad en Colombia, debido a la notoria actividad de la SIC, a las investigaciones que ha adelantado y a las sanciones que ha impuesto en casos que son sin duda importantes para el país y que colocan a Colombia entre las jurisdicciones más avanzadas de Latinoamérica en lo que se refiere a esta clase de derecho.

¹ Alfonso Miranda Londoño es abogado y socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio que lidera el Área de Competencia en firma *Esguerra Barrera Arriaga*. E-mail: amiranda@esguerrabarrera.com

Daniel Beltrán Castiblanco es abogado de la Universidad de Los Andes. Master en Derecho de la Universidad de la Florida. Profesor auxiliar de Derecho de la Competencia en la Universidad Javeriana. Abogado del Área de Competencia de la firma *Esguerra Barrera Arriaga*. E-mail: dbeltran@esguerrabarrera.com

- centrocedec@gmail.com
- Alfonso Miranda:
amiranda@javeriana.edu.co
- Natalia Fernández:
natiferandez@me.com

- <http://www.centrocedec.org>
- <https://www.youtube.com/user/centrocedec>

- Facebook: Cedec Derecho de la Competencia
- Twitter: @centrocedec

Como es natural, las decisiones de la SIC han sido demandadas ante la jurisdicción y el Consejo de Estado ya ha producido algunas decisiones importantes, en las cuales se ha sentado jurisprudencia de fondo en temas de competencia, como es el caso de Induga².

Es por ello que resulta importante realizar el presente comentario respecto de dos sentencias recientes por medio de las cuales el Consejo de Estado se abstuvo de decretar la nulidad de sendas resoluciones en las cuales la SIC le impuso sanciones a unas estaciones de gasolina, por haber incurrido en acuerdos anticompetitivos de fijación de precios, en la modalidad de prácticas conscientemente paralelas.³ La importancia de las mencionadas sentencias radica en que en las mismas el Consejo de Estado establece que el mero paralelismo de precios equivale a un acuerdo anticompetitivo, lo cual contradice la doctrina de las más importantes autoridades de competencia del mundo incluyendo la doctrina de la propia SIC. Es decir, que en estos casos el Consejo de Estado aplica un estándar de sanción mucho más estricto que el utilizado por la propia autoridad de competencia, con lo cual se genera el peligro de los “falsos positivos” en el derecho de la competencia Colombiano.

Como es sabido, en Colombia la prácticas restrictivas de la competencia se dividen en acuerdos, actos y conductas de abuso de la posición dominante. El Artículo 45(1) del Decreto 2153 de 1992 define acuerdo como “*todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*”. De esta manera, los acuerdos restrictivos de la competencia pueden ser expresos o tácitos.

Dentro de los acuerdos tácitos, se encuentran las “*prácticas concertadas*” y las “*conscientemente paralelas*” cuya conceptualización fue inicialmente desarrollada por el derecho de la competencia Norteamericano. En dicho país, la sección primera de la

² Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 23 de mayo de 2013. Radicación No. 25000-23-24-000-2001-01029-01. Consejero Ponente Marco Antonio Velilla Moreno. En esta importante sentencia el Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y declaró la nulidad de la Resolución No. 15653 de 2001 de la SIC, por medio de la cual se había impuesto una sanción.

³ Ver Consejo de Estado. Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de Agosto de 2014. C.P. Dra. María Elizabeth García González y Consejo de Estado. Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de Noviembre de 2014. C.P. Dra. María Elizabeth García González. Advertimos que no hemos tenido participación profesional alguna en estos casos.

- centrocedec@gmail.com
- Alfonso Miranda:
amiranda@javeriana.edu.co
- Natalia Fernández:
natiferandez@me.com

- <http://www.centrocedec.org>
- <https://www.youtube.com/user/centrocedec>

- Facebook: Cedec Derecho de la Competencia
- Twitter: @centrocedec

Ley Sherman⁴ establece que cualquier contrato o conspiración tendiente a generar una restricción en el mercado es ilegal. Si bien en la práctica es relativamente fácil determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, la realidad es que en la mayoría de casos las autoridades de competencia no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.

En efecto, salvo que la autoridad cuente con la ayuda de un delator que se acoja al programa de beneficios por colaboración y le brinde las pruebas que se encuentran en su poder, la autoridad en muchos casos se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas incompletas pero que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia⁵. Esta metodología dio origen a la doctrina de las “*prácticas conscientemente paralelas*”, la cual tiene dos elementos fundamentales: **(i)** La ocurrencia de una conducta paralela; y **(ii)** la demostración del elemento consciente.

Aún cuando es necesario poner de presente que en la actualidad no hay consenso en la definición de lo que significa una práctica paralela, en principio se entiende que esta existe cuando varias empresas presentan comportamientos coincidentes durante un periodo de tiempo determinado. Cabe anotar que la mera ocurrencia de una conducta paralela no es entendida por la doctrina internacional sobre derecho de la competencia ni por la misma SIC, como una conducta violatoria del régimen de Libre Competencia.

De esta manera, para que una práctica paralela sea considerada como un acuerdo anticompetitivo, es necesario demostrar que las compañías investigadas han adoptado dichos comportamientos de manera consciente, es decir, que no han adoptado sus determinaciones de manera unilateral y autónoma, sino en un ambiente de conocimiento y connivencia con sus competidores. En este sentido, las autoridades de competencia alrededor del mundo han establecido que los casos de paralelismo consciente se requiere demostrar, además del paralelismo, unos “*Factores Plus*” que no

⁴ La Sección 1ª de la Ley Sherman dice: “[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

⁵ Ver *American Tobacco Co. v. United States*. 328 U.S. 781 (1996)

- centrocedec@gmail.com
- Alfonso Miranda:
amiranda@javeriana.edu.co
- Natalia Fernández:
natiferandez@me.com

- <http://www.centrocedec.org>
- <https://www.youtube.com/user/centrocedec>

- Facebook: Cedec Derecho de la Competencia
- Twitter: @centrocedec

son otra cosa que indicios de la existencia de un acuerdo entre las compañías investigadas. Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. Puede tratarse por ejemplo de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc.

Desafortunadamente, en las sentencias del caso de las Gasolineras, pareciera que el H. Consejo de Estado quiere adoptar una posición radical y (con todo respeto) desacertada respecto de los que se debe entender como paralelismo consciente, ya que se omite la necesidad de demostrar el elemento consciente. Con independencia del caso concreto y de si en realidad las estaciones de servicio incurrieron o no en un acuerdo anticompetitivo, lo cierto es que la forma en que el más alto tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa se refirió al elemento consciente es desesperanzadora y genera un inmenso riesgo de falsos positivos en el derecho de la competencia Colombiano.

A lo largo de sus Sentencias, los honorables Consejeros concluyen que la práctica paralela fue consciente porque es inexplicable (al menos para ellos) que compañías que tienen costos variables diferentes, presenten precios similares dentro de un periodo de tiempo determinado. En estas circunstancias los magistrados no consideran ni analizan los factores *plus* antes indicados y tampoco se adentran en un análisis más profundo de las circunstancias económicas que pueden justificar el paralelismo, como por ejemplo la proximidad que de manera natural se presenta en los precios de los mercados oligopólicos o en los de *commodities*; o incluso la existencia de factores económicos comunes a todos los competidores, que al subir o bajar afectan la estructura de costos de todos ellos. Por ejemplo, es indudable que en el mercado de comercialización de la gasolina, el valor fijado por ECOPEPETROL afecta de igual manera a todas las estaciones de servicio.

La conclusión a la que llegó el Consejo de Estado en los casos que se comentan le genera una enorme incertidumbre jurídica a empresas que participan en diferentes mercados y sectores económicos en los cuales no se compite de manera intensa con los precios, los cuales suelen ser, por la dinámica del mercado, bastante parecidos, pero en los cuales si se compite agresivamente con servicio, publicidad, descuentos, promociones, etc.

CEDEC

Correos electrónicos:

- centrocedec@gmail.com
- Alfonso Miranda:
amiranda@javeriana.edu.co
- Natalia Fernández:
natiferandez@me.com

Web:

- <http://www.centrocedec.org>
- <https://www.youtube.com/user/centrocedec>

Redes sociales:

- Facebook: Cedec Derecho de la Competencia
- Twitter: @centrocedec

Pues bien, en casos como estos, bajo la jurisprudencia que está haciendo carrera en el H. Consejo de Estado, los participantes del mercado corren el riesgo de que la SIC las encuentre culpables de la realización de acuerdos anticompetitivos, a pesar de que no exista prueba de que sus decisiones fueron adoptadas de manera coludida o conjunta y no manera unilateral y autónoma como corresponde a empresas competidoras.

Frente a esta situación es importante recordarle a la autoridad de competencia y a los honorables Consejeros de Estado, que el paralelismo consciente es una modalidad de acuerdo, es decir, que la autoridad tiene la carga de demostrar “*el encuentro de voluntades*” de los competidores y la ausencia de independencia en la toma de las decisiones. Lo demás es una incorrecta aplicación de la doctrina del paralelismo consciente que nos llevará inexorablemente a los falsos positivos.

El desarrollo mencionado resultaría como ya se ha dicho, en contravía con la doctrina internacional sobre el tema, según la cual la demostración de la existencia de los factores *plus* es tan necesaria como la misma determinación de paralelismo para sancionar este tipo de conductas.

Por esta razón el CEDEC quiere invitar a la academia y con todo respeto a las autoridades administrativas y jurisdiccionales a reflexionar sobre este importante tema, para lo cual hemos organizado una reunión el día viernes 27 de marzo de 2015, a las 7:15 A.M. en el salón 209 del Edificio Fernando Barón, de la Pontificia Universidad Javeriana, ubicado en la Carrera 5 con Calle 39 de la Ciudad de Bogotá.

La reunión será dirigida por Juan David Gutiérrez Rodríguez, abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con una maestría en Derecho Económico de las Universidades de Bologna y Erasmus de Rotterdam y una maestría en Políticas Públicas en América Latina de la Universidad de Oxford. Además, ha sido profesor de cátedra de las Facultades de Derecho de la Universidad Javeriana (“derecho de la competencia”) y de la Universidad de los Andes (“argumentación en procesos civiles”). En el 2007 fundó el blog lalibrecompetencia.com, en el que se tratan temas sobre derecho y políticas de competencia en América Latina; este blog publica textos de 18 expertos de la región y recibe alrededor de 100 visitas diariamente. Actualmente es estudiante de doctorado en políticas públicas de la Blavatnik School of Government de la Universidad de Oxford.

- centrocedec@gmail.com
- Alfonso Miranda:
amiranda@javeriana.edu.co
- Natalia Fernández:
natisfernandez@me.com

- <http://www.centrocedec.org>
- <https://www.youtube.com/user/centrocedec>

- Facebook: Cedec Derecho de la Competencia
- Twitter: @centrocedec

En esta oportunidad Juan David se referirá al tema de la colusión tácita a propósito del debate planteado en este documento respecto de las recientes sentencias del Consejo de Estado y el tema del paralelismo consciente, el cual ya ha analizado anteriormente a profundidad en su documento titulado *“TACIT COLLUSION IN LATIN AMERICA: A COMPARATIVE STUDY OF THE COMPETITION LAWS AND THEIR ENFORCEMENT IN ARGENTINA, BRAZIL, CHILE, COLOMBIA AND PANAMÁ”*. Este documento fue preparado por Juan David para la *Latin American Competition Policy Conference*, organizada por la Fundación Getulio Vargas en Sao Paulo, Brasil, en abril del 2008. El documento fue publicado en la *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC IX*, del año 2009. Página 303.



CEDEC

Correos electrónicos:

- centrocedec@gmail.com
- Alfonso Miranda:
amiranda@javeriana.edu.co
- Natalia Fernández:
natiferandez@me.com

Web:

- <http://www.centrocedec.org>
- <https://www.youtube.com/user/centrocedec>

Redes sociales:

- Facebook: Cedec Derecho de la Competencia
- Twitter: @centrocedec