

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 4946 DE
2009 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso Cacao
Fijación de precios

Investigados:
***COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y SUCESORES DE JOSÉ JESÚS
RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A. y los representantes legales de las
sociedades investigadas SOL BEATRIZ ARANGO MESA y GUILLERMO
EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI***

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 3 |
| 2. CONDUCTAS IMPUTADAS | 3 |
| 3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA | 4 |
| 4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA. | 5 |
| 5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA | 10 |
| 6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC | 11 |

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 4946 DE 2009 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso Cacao

Fijación de precios

Investigados:

COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A. y los representantes legales de las sociedades investigadas SOL BEATRIZ ARANGO MESA y GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI

1. Introducción

La actuación administrativa contra las investigadas se inició por considerar que celebraron un acuerdo para la fijación de precios, incurriendo en la conducta descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 e infringiendo lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así mismo, recomendó sancionar a los representantes legales de las mencionadas sociedades, por haber infringido el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución No. 28065 de 25 de octubre de 2006, se abrió investigación en contra de las siguientes personas jurídicas: COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. (en adelante "NACIONAL") y SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A. (en adelante "LUKER"), por supuestamente haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios, en contradicción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo acto administrativo se ordenó investigar a los representantes legales de las sociedades investigadas NACIONAL y LUKER, SOL BEATRIZ ARANGO MESA y GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI, respectivamente, con el propósito de determinar si habrían autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas que se les estaban imputando.

3. Consideraciones de la Delegatura

En el presente caso, el Despacho procedió a analizar la información obrante en el expediente, con el objeto de determinar si realmente se presentó un acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela. El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia presentó el Informe Motivado de la correspondiente actuación, en el cual recomendó sancionar tanto a NACIONAL y LUKER, por considerar que celebraron un acuerdo para la fijación de precios, incurriendo en la conducta descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 e infringiendo lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así mismo, recomendó sancionar a los representantes legales de las mencionadas sociedades, por haber infringido el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

4. Consideraciones de la Superintendencia.

A juicio del Despacho esta conducta es especialmente negativa para el mercado, pues afecta de forma importante un sector de la economía en el que se negocian anualmente más de treinta mil toneladas de cacao¹⁰³, de las cuales NACIONAL y LUKER adquirieron más del 80%¹⁰⁴ en la totalidad de las regiones en que dicha materia prima se cultiva. Los hechos probados en la investigación dan cuenta de un acuerdo continuado a lo largo de catorce meses y tendiente a evitar competir vía precio por las cantidades de cacao disponible en el mercado nacional, logrando de esta manera que los precios pagados por dicha materia prima correspondieran a un precio artificial, producto del acuerdo y no a la libre competencia, razón por la cual debe imponerse una sanción que tenga efectos suficientemente disuasivos en el mercado nacional.

Además, quedó demostrada la poca o nula capacidad de negociación de los productores de cacao, haciendo aun más significativos los efectos negativos de dicho acuerdo.

En cuanto al representante legal de LUKER, Guillermo Eduardo Ponce de León Sarasti, responsable de haber autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento anticompetitivo merecedor de reproche.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que *COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A.* incurrieron en acuerdos para la fijación de precios, infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(...)

ARTÍCULO TERCERO: Archivar el presente trámite respecto de la señora SOL BEATRIZ

ARANGO MESA, en su calidad de representante legal de COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTICULO CUARTO: *Declarar que GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI, en su calidad de representante legal de la empresa SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.*

(...)"

6. Análisis y conclusiones

En este caso, la SIC determinó que:

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política).

En nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Ley 155 de 1959, se inició una evolución legislativa encaminada a consolidar la competencia frente a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de los empresarios tendientes a eliminarla, limitarla, o restringirla o de las conductas unilaterales de algunos empresarios que por su fuerza económica tienen la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de bienes o servicios.

En este orden de ideas, la regulación legal orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios" (subraya fuera del texto).

Como ha quedado reseñado, el derecho a la libre competencia se encuentra previsto en el artículo 333 de la Constitución Política y ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un derecho que persigue una función social en el marco del Estado social de derecho.

En efecto, la libre competencia es un derecho que comporta una doble perspectiva pues es tanto derecho subjetivo de cada uno de los agentes económicos, como un derecho del

colectivo.

Como derecho subjetivo, la libre competencia implica, por una parte, la potestad que tienen todos los agentes económicos de desarrollar la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las establecidas por la ley, y por la otra, su correlativa obligación de respetar las normas de competencia que les obligan a actuar de forma libre, independiente y leal en el mercado.

Bajo la Constitución Nacional de 1991, la libre competencia se debe analizar no solo desde la perspectiva de los agentes económicos, es decir, como la protección que el Estado brinda a sus intereses individuales frente a eventuales prácticas anticompetitivas o desleales, sino que tal como lo ha ratificado la Corte Constitucional, constituye a la vez un derecho de la colectividad. Esta perspectiva implica que la libre competencia se traduce también en responsabilidades y obligaciones de los participantes en el mercado para proteger un interés público colectivo, esto es, el bienestar de todos los consumidores y la eficiencia del mercado.

Es así como la Corte Constitucional ha señalado que el ejercicio de la libre competencia se funda y se debe desarrollar bajo un esquema de economía social de mercado, es decir, aquel que busca el bienestar y la estabilidad social. La libre competencia tiene por finalidad garantizarle a todas las personas que podrán desarrollar su actividad económica concurriendo en el mercado marcando diferencias que permitan tomar ventaja legítima respecto de quienes se dedican a la misma actividad, de tal suerte que cada uno esté en capacidad de brindarle a los consumidores variedad de bienes y servicios de diferentes calidades y precios que les permitan escoger de manera libre e informada.

En el presente caso, el Despacho procedió a analizar la información obrante en el expediente, con el objeto de determinar si realmente se presentó un acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela.

Respecto de los elementos característicos que se deben verificar para que se configure dicha conducta, esta Superintendencia ha indicado lo siguiente:

El paralelismo hace alusión a situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en los cuales se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos.

La conducta paralela puede constituir una práctica restrictiva de la competencia en la medida en que los participantes de un determinado mercado, actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman.

En este orden de ideas, el elemento consciente puede identificarse a partir de diferentes elementos que reflejan el desarrollo de una conducta coordinada y armónica de agentes económicos que participan de un mismo mercado, buscando evitar la contienda propia

de un escenario de competencia. Es así como, a título de ejemplo, en Europa, se acude a la teoría del "faisceau d'indices", es decir al estudio de variados elementos independientes pero complementarios que vistos en conjunto permiten identificar la comisión de la práctica antimonopólica.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido constante en indicar que la existencia de un comportamiento paralelo no puede ser vista como la prueba de una concertación 'a menos que la concertación sea la única explicación posible de tal comportamiento'. En esta medida, para el juez comunitario europeo la exigencia de autonomía entre los operadores económicos si bien no excluye la posibilidad de adaptarse inteligentemente a un comportamiento constatado, sí se opone a todo contacto directo o indirecto entre agentes que tenga por objeto o por efecto influenciar el comportamiento en el mercado de un competidor actual o futuro.

A la luz de lo indicado previamente, y bajo la normativa colombiana, es claro para este Despacho que la sola presencia de conductas o comportamientos paralelos no basta para establecer la existencia de una práctica comercial restrictiva. Para arribar a una conclusión en este sentido resultaría necesario acudir a elementos de prueba adicionales que permitan identificar la existencia de una concertación entre los investigados con el objeto de eludir la competencia en el mercado.

Una vez identificado el paralelismo, la prueba de una práctica consciente debe resultar de la valoración, no aislada sino en conjunto, tanto de las características del mercado en cuestión como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo.

A estos propósitos el análisis impone considerar, entre otras cosas, que se haya descartado que el comportamiento paralelo haya sido el resultado de políticas unilaterales e independientes ejecutadas por los investigados. De la misma forma se deben apreciar en forma conjunta los indicios del comportamiento, constituidos entre otros y especialmente a partir de la evidencia de comunicaciones o intercambio de información directamente o a través de terceros por parte de los competidores.

En estos casos, la presencia de elementos probatorios, como por ejemplo documentos que soporten una planificación de las empresas, consistente con la práctica investigada o la asistencia a reuniones en las cuales fueron intercambiadas informaciones sobre las políticas de comercialización o competencia por parte de las empresas investigadas, serán elementos probatorios encaminados a demostrar que existió concertación entre las partes. También se tendrán en cuenta las comunicaciones intercambiadas entre lo(s) investigado(s) y terceros cuando las afirmaciones contenidas en las mismas coincidan con el comportamiento que los investigados hayan manifestado en el mercado.

En conclusión, para el caso de una investigación relacionada con una práctica conscientemente paralela, la Superintendencia de Industria y Comercio, una vez identificado el paralelismo acudirá a la valoración conjunta de los diferentes elementos de prueba de modo que le permitan constatar si existe o no una concertación con fines

anticompetitivos.

Proyectado por: Diego Guarín