

**PARALELISMO CONSCIENTE Y TRACKING DE PRECIOS:
CARACTERIZACIÓN GENERAL Y PROBLEMÁTICAS PARA SU TRATAMIENTO
DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

JULIANA CORREA SERNA

JULIANA PAFFEN LÓPEZ

Trabajo de grado para obtener el título de Abogadas

ASESORA: Ángela María Bejarano López

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2018

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. Aproximación al Derecho de la Competencia: Aspectos Generales	6
1.1. Funcionamiento del Mercado	6
1.2. Derecho de la Competencia	10
1.3. La Intervención del Estado en el Mercado	15
CAPÍTULO II. Prácticas Anticompetitivas	20
2.1 Actos Unilaterales de Restricción de Competencia.....	21
2.2. Abuso de la Posición Dominante.....	22
2.3 Acuerdos Restrictivos de la Competencia	24
CAPÍTULO III: Paralelismo Consciente como Modalidad de Acuerdo	29
3.1. Definición y Elementos Constitutivos	29
3.2. Tratamiento del Paralelismo Consciente por Parte de la SIC: Criterios de Decisión y Problemáticas a Partir de Algunos Casos Relevantes en la Materia	34
3.2.1. Caso de las Lecheras – Resolución 27762 de 1999	36
3.2.2. Caso Gasolineras – Resolución 71794 de 2011	39
3.2.3. Caso Cementeras– Resolución 81391 de 2017:	42
3.3. Referentes Internacionales sobre Paralelismo Consciente: Estados unidos y Europa....	49
CAPÍTULO IV: Tracking: Elemento para la Fijación de Precios en el Mercado	52
CAPÍTULO V: Problemática: El Tracking de Precios como Elemento para Determinar la Existencia de Paralelismo Consciente	58
CONCLUSIONES	63
REFERENCIAS	66

RESUMEN

El presente escrito tiene como objetivo analizar a la luz del derecho de la competencia si el tracking de precios puede determinar la existencia de paralelismo consciente y por tanto deriva en una conducta anticompetitiva sancionable. Para esto, en primer lugar, se establecerá desde la teoría económica y el ordenamiento jurídico los elementos constitutivos del paralelismo consciente como práctica anticompetitiva. Así mismo, se identificará la regla de decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar la existencia de paralelismo consciente como práctica anticompetitiva y, por último, se caracterizará el tracking de precios como práctica competitiva y deseable en el mercado.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia, prácticas restrictivas de la competencia, paralelismo consciente, tracking de precios.

INTRODUCCIÓN

La actividad empresarial es la base de la economía, y como tal, se rige por la racionalidad económica, que constituye uno de los principios económicos fundamentales. Esta racionalidad económica consiste en el análisis que hace el productor y el consumidor para elegir entre diferentes alternativas, atendiendo a la relación costo – beneficio, con el objetivo de maximizar su utilidad (Botero Cedeño, E.A., 2016, p. 24-25). Para alcanzar este propósito, los agentes económicos que interactúan en sistemas de mercado compiten entre sí, con el fin de diferenciarse y resultar atractivos para los consumidores. Tal rivalidad o competencia pone de presente la necesidad de conocer el mercado en el que se interactúa, es decir, conocer su estructura, las barreras para ingresar o salir de él, las tendencias de consumo, las características del producto o servicio y las estrategias del medio para la penetración en el mercado (Bardey, David; Becerra, Alejandro; Cabrera; Pilar, 2013, p. 36, 99, 113). Una de las formas utilizadas actualmente para conocer tales estrategias es el seguimiento o monitoreo de la actividad de los competidores, lo cual implica la observación y el análisis de los precios, la calidad, las estrategias publicitarias, las innovaciones y demás condiciones de los productos y servicios ofrecidos por los competidores. A este instrumento para conocer el mercado se le conoce como *tracking*, el cual constituye una herramienta competitiva deseable para el mercado (Nagle, Thomas; Hogan, John & Zale, Joseph, 2016, § 11).

El Estado colombiano ha desarrollado un conjunto normativo para regular la interacción de los agentes en el mercado, dentro del cual se encuentra la regulación del derecho de la competencia. Esta regulación busca guiar la economía con el objetivo de mejorar la eficiencia del mercado, proteger el libre acceso a éste y garantizar una variedad de precios y calidades de los bienes y servicios (Rubio Escobar, Jairo, 2004, p. 6). Adicionalmente, dicha regulación consagra unas

prácticas restrictivas de la competencia, dentro de las cuales se encuentran los acuerdos horizontales de precios en la modalidad de paralelismo consciente, el cual no tiene una definición legal, por lo que la doctrina y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC en adelante) han intentado definirlo. Por consiguiente, la doctrina¹ y la Superintendencia de Industria y Comercio² han señalado que dicha modalidad de acuerdo horizontal requiere la prueba de dos elementos: el paralelismo y la consciencia, es decir, se debe demostrar que ha habido comportamientos coincidentes durante el mismo periodo, y que se adoptaron de manera consciente, y que por tanto, las decisiones no fueron tomadas de manera autónoma. Por ende, si se parte de la definición que le ha dado la SIC al paralelismo consciente, se estaría en riesgo de que el tracking de precios dé lugar a una conducta restrictiva de la competencia, cuando realmente es una herramienta para competir en el mercado, la cual no está prohibida.

El objetivo del presente trabajo será entonces analizar a la luz del derecho de la competencia si el tracking de precios es un elemento determinante para la configuración de paralelismo consciente y por tanto deriva en una conducta anticompetitiva sancionable. Para lograr lo anterior, se establecerá desde la teoría económica y el ordenamiento jurídico, los elementos constitutivos del paralelismo consciente como práctica anticompetitiva. Por otro lado, se identificará el criterio común que ha utilizado la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar la existencia de paralelismo consciente como práctica anticompetitiva a partir de tres casos relevantes en materia de competencia en Colombia y, por último, se caracterizará el tracking de precios como práctica competitiva.

¹ Esto ha sido señalado por el doctrinante Alfonso Miranda Londoño en su artículo “*El mero paralelismo de precios no equivale a un cartel*”. Miranda es uno de los doctrinantes más destacados en Colombia en el tema del derecho de la competencia, el cual ha analizado el tema del paralelismo consciente.

² Resolución 27762 de 1999, Resolución 51694 de 2008, Resolución 29302 de 2000, Resolución 81391 de 2017, Resolución 71794 de 2011 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

CAPÍTULO I. Aproximación al Derecho de la Competencia: Aspectos Generales

1.1. Funcionamiento del Mercado

El mercado es la institución a través de la cual se realiza la oferta y la demanda, y es el lugar físico donde se da el intercambio de bienes y servicios (Miller, Roger & Meiners, Roger ,1994, p.53).

Entender el concepto de mercado es fundamental para el presente trabajo debido a que el derecho de la competencia se centra en la protección del mercado como institución, cuya existencia es esencial para el desarrollo de las relaciones económicas. Esta definición de mercado, en el marco del modelo competitivo, supone la presencia de un gran número de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio, quienes serán los que determinarán los precios de los mismos (Mankiw, Gregory, 2002, p. 42).

El concepto de mercado se construye a través de nociones como la de oferta y demanda. De acuerdo con M.H. Spencer (1975), la demanda es la “relación que muestra las distintas cantidades de un producto o mercancía que los compradores estarían dispuestos y serían capaces de adquirir a precios alternativos posibles, durante un cierto periodo de tiempo, suponiendo que las demás variables permanecen constantes” (p.32). Por su parte, la oferta es la “relación que muestra las distintas cantidades de mercancías que los vendedores estarían dispuestos y serían capaces de poner a la venta a precios alternativos durante un periodo dado de tiempo, suponiendo que todos los demás factores permanecen constantes” (p.35).

La importancia del concepto de oferta y demanda radica en que los mismos explican la manera como se determina el precio de un bien o servicio, es decir, la oferta y la demanda constituyen el

mecanismo natural y libre por medio del cual se establece el valor de intercambio, llegando así a un precio de equilibrio. Este intercambio de bienes y servicios, desde la perspectiva de la teoría económica, se da en el marco de un modelo competitivo, el cual, como ya se anotó, pone de presente una multiplicidad de oferentes y de demandantes de un mismo producto, cuya interacción da como resultado el precio de mercado. Esta dinámica requiere una conjunción con algunas instituciones jurídicas como es la libre competencia económica, lo que se traduce, desde el punto de vista de los oferentes, en la garantía de poder suministrar libremente sus productos y, desde el punto de vista de los consumidores, en la libertad de elegir entre los bienes y servicios ofrecidos (Almonacid Sierra, Juan Jorge & García Lozada, Nelson Gerardo, 1998, p.23).

En consecuencia, es posible afirmar que la competencia es necesaria, toda vez que ésta constituye una forma eficiente de asignación de los recursos de la economía, pues cuando las empresas no tienen competencia imponen sus condiciones e intereses, teniendo en cuenta que los consumidores no tienen la posibilidad de escoger, pero cuando las empresas compiten para ofrecer sus bienes o servicios en el mercado, el consumidor puede elegir entre varios de esos bienes o servicios escogiendo aquel que satisfaga de la mejor manera sus necesidades y que esté acorde a su capacidad económica (Mankiw, Gregory, 2002, p. 40-47).

Como ya se introdujo, la teoría económica, con el propósito de ilustrar los beneficios que genera la competencia, ha empleado el modelo de competencia perfecta, el cual implica la existencia de una gran cantidad de oferentes y demandantes que son pequeños individualmente y, que por tanto, no tienen poder de mercado para determinar y fijar los precios, ya que estos resultan, como ya se mencionó anteriormente, de una igualdad entre la oferta y la demanda, es decir, que haya una correspondencia entre el precio al que venden los oferentes y el precio que están dispuestos a pagar los demandantes por determinado bien o servicio. En el modelo de competencia perfecta los

bienes o servicios ofrecidos son homogéneos, hay un conocimiento absoluto de precios y cantidades en el mercado, existe una movilidad perfecta de recursos, lo que implica que ningún productor tiene de manera exclusiva los factores de producción, y no existe la intervención económica por parte del estado, pues el mercado se rige por sus propias leyes naturales (Polo & Karam, 2002, p.33).

Sin embargo, dada la rigidez de los supuestos de este modelo, la competencia perfecta no es más que una representación teórica, es decir, es una representación idealizada y abstracta, toda vez que lo que se presenta en la práctica son estructuras con poder de mercado, es decir, industrias con tendencias o rasgos de monopolios u oligopolios y de competencia monopolística (Llinares Millán & otros, 2001, p. 67).

En esta misma línea, a pesar de que el Estado colombiano promueve una economía competitiva, existen en el mercado estructuras que se aproximan a monopolios y oligopolios. Los oligopolios suponen pocos productores de un mismo bien o servicio que tienen poder de mercado, es decir, pueden fijar el precio, la cantidad y la calidad de los mismos. También puede ocurrir que uno de los productores tenga mayor poder de mercado que los otros, lo cual le permite al de mayor poder fijar los precios, de modo que los demás productores lo sigan, actuando conforme a la racionalidad económica (Mankiw, Gregory, 2002, p.42, 215-227).

En concordancia con lo anterior, es evidente que en el caso en que todos los oligopolistas tengan el mismo poder de mercado, habrá una interdependencia entre ellos en cuanto a la fijación de precios, es decir, lo que haga uno afectará a los otros.

Por otro lado, los monopolios surgen cuando hay una sola empresa que ofrece en el mercado un bien o servicio que no tiene sustitutos, con ausencia total de competencia en virtud de las

barreras de entrada, lo cual genera que se pueda incrementar el precio del bien o servicio sin que se afecte la demanda del mismo (Mankiw, Gregory, 2002, p. 42,197-212). De manera frecuente en la práctica se encuentran industrias en las que las empresas que las componen producen bienes heterogéneos pero que son sustitutos entre ellos, esto es lo que la teoría económica ha denominado competencia monopolística, la cual se caracteriza, adicionalmente, por tener mayor flexibilidad en lo que a barreras de entrada y salida se refiere. Es decir, dentro de una competencia económica desarrollada de esta forma, ninguna empresa maneja los precios de un producto en específico por tener el control de éste, sino que, por el contrario, hay varios propietarios o comerciantes que son los fabricantes o vendedores de la mayoría de productos con el fin de manejar la oferta y demanda según sus intereses. (Obando Muñoz, 2015, p. 10)

Al respecto de los monopolios y oligopolios, el doctrinante Alfonso Miranda Londoño (1989, p. 55) ha señalado que:

En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes per se (es más los considera positivos en ciertos casos), pero pretende controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende entonces no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos, ni la erradicación de todos los existentes, sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la realización de este tipo de prácticas.

De acuerdo con lo mencionado por Miranda, los monopolios y oligopolios no son negativos en sí mismos, pero para que no tengan efectos perjudiciales en el mercado se requiere que el Estado,

por un lado, los regule y los vigile, a fin de evitar que sus intereses de maximización de bienestar den lugar a abusos de poder y a prácticas anticompetitivas; y, por otro, que promueva el aprovechamiento de las sinergias que pueden surgir entre las grandes empresas.

En virtud de lo explicado, para potenciar y generar las bondades de la competencia y evitar que se actúe en contrario de ésta, se ve justificado el diseño de un sistema de incentivos, mecanismos e institucionalidad por parte del Estado, el cual, en sentido estricto, se desarrolla a través de lo que se denomina ‘derecho de la competencia’, sobre el cual se abordarán algunas generalidades a continuación.

1.2. Derecho de la Competencia

La constitución económica es el conjunto de normas dirigidas a establecer el marco jurídico del funcionamiento de la actividad económica para ordenar el proceso económico (García Pelayo, 1979). Esta se encuentra a partir del artículo 332 de la Constitución Política colombiana que regula lo relativo al régimen económico y la hacienda pública.

La constitución económica de un Estado determina su sistema económico, el cual establece la forma en la que se organiza la actividad económica, y la manera en que se da la relación entre los medios de producción y los agentes económicos. Es decir, “un sistema económico es una forma de producir, consumir y distribuir los bienes y servicios. Esto incluye las relaciones entre las distintas instituciones y los agentes, además define la estructura económica y social de una sociedad.” (Montoya, Juan David, 2013, p. 3).

La Corte Constitucional ha señalado que en Colombia hay un sistema de economía social de mercado, tal como se observa en la Sentencia C-263 de 2011:

La Constitución de 1991 al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social y por esta vía se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social.

De acuerdo con lo destacado por la Corte Constitucional, se puede inferir que la empresa y la libre competencia son los pilares del sistema de economía social de mercado, lo que implica que la actividad empresarial es el motor de la economía.

En virtud de lo anterior, uno de los objetivos de la constitución económica colombiana es proteger la libertad económica, que es la facultad que tienen los agentes del mercado para asignar los recursos libremente, para definir la forma de producir sus bienes y servicios, y para fijar el precio al que deseen vender los mismos. Esta libertad empresarial permite a los agentes aprovechar las oportunidades del mercado, haciéndolas más eficientes. Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política colombiana, así:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Naturalmente, el ejercicio de las libertades individuales debe complementarse con la garantía del principio de legalidad, teniendo a la ley como el único mecanismo jurídico que determina los límites de las libertades y que puede autorizar la imposición de requisitos y permisos para su ejercicio (Correa Henao, Margarita, 2009, p. 75).

De conformidad con la existencia de una economía social de mercado y con lo consagrado en el artículo 334 de la Constitución, según el cual el Estado debe dirigir la economía del país, mantener su equilibrio e intervenir para racionalizarla, el Estado colombiano ha desarrollado un conjunto normativo para regular la interacción de los agentes en dicho sistema económico. Dentro de este conjunto de normas se encuentra la regulación del derecho de la competencia, la cual tiene como propósito “orientar el orden económico hacia la promoción de la eficiencia y el bienestar general mediante la modificación del comportamiento de las empresas y de la estructura de la industria” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018). En virtud de lo anterior, se puede afirmar que la normatividad del derecho de la competencia en Colombia busca mejorar la eficiencia del aparato productivo, promover la libre participación de las empresas en el mercado y

garantizar que exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Dichos objetivos de la normatividad en materia de competencia en Colombia tienen como antecedentes las políticas de competencia de Estados Unidos y la Unión Europea (Bardey et al, 2013, p. 25), por lo cual en el presente escrito se hará referencia al tratamiento del derecho de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea.

La política de competencia se dio por primera vez en Estados Unidos con la Ley Sherman de 1890, la cual nació para evitar los acuerdos de precios entre las empresas. El objetivo principal de la política de la competencia en Estados Unidos es la protección al consumidor, por lo que se incentivan las denuncias desde los consumidores. Por otro lado, la normatividad de competencia de la Unión Europea se basa principalmente en los Tratados de París (1951) y de Roma (1957), y tiene como propósitos la eficiencia y la integración económica, es decir, se toma la política de la competencia como un medio y no como un fin (Bardey et al, 2013, p. 23).

Por su parte, como ya se esbozó anteriormente, las normas de competencia en Colombia tienen como objetivo la eficiencia económica, la libre participación de las empresas en los mercados y la protección de los consumidores; permitiendo identificar una mezcla de los propósitos del derecho de la competencia de Estados Unidos y de la Unión Europea.

La normatividad en materia de competencia se fundamenta en el hecho de que la misma constituye una forma eficiente de asignación de los recursos de la economía, pues cuando las empresas tienen competencia no pueden imponer sus condiciones e intereses. Lo anterior implica que cuando hay libre competencia los oferentes pueden entrar o salir del mercado libremente, poseen autonomía para fijar los precios de sus bienes y servicios buscando atraer a los consumidores, quienes a su vez son libres de elegir qué productos quieren comprar y a qué

oferentes quieren recurrir. Igualmente, la libre competencia beneficia directamente a los consumidores, puesto que pagarán precios más bajos por bienes y servicios de mayor calidad.

Respecto del derecho de la libre competencia, la Corte Constitucional ha interpretado que éste se caracteriza por: (i) ser un derecho individual y a la vez colectivo en virtud del artículo 88 de la Constitución Política colombiana, que tiene como objeto lograr un estado de competencia real y libre que permita que el empresario obtenga beneficios económicos individuales y, que al mismo tiempo, el consumidor también obtenga beneficios por medio de la adquisición de bienes y servicios de mejor calidad a un precio justo; (ii) ser un derecho aplicable tanto a las empresas privadas como a las empresas con participación estatal; (iii) ser un derecho, que al no ser fundamental, no puede ser protegido mediante acción de tutela, sin embargo, puede ser protegido por vía de acción de grupo y acciones populares; (iv) ser un derecho económico no absoluto, ya que está limitado por el bien común y por la responsabilidad social de ejercer la libertad de empresa; (v) ser un derecho que permite la intervención del Estado cuando sea necesario resolver fallas del mercado, promover la equidad o garantizar el goce efectivo de derechos fundamentales; (vi) ser un derecho cuyo núcleo esencial consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010); y (vii) ser considerado no solo como un derecho sino también como un principio rector de la economía (Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997).

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-535 de 1997 señaló que la libre competencia puede ser considerada desde dos puntos de vista, el subjetivo y el objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, el derecho de la libre competencia constituye un derecho individual que implica facultades y obligaciones. Desde el punto de vista objetivo, la libre competencia consiste

en un mandato que rige las acciones de los agentes económicos y que deberá ser protegida por el Estado.

Se puede concluir que la libertad económica ha sido concebida como la facultad de los participantes en el mercado de realizar actividades económicas según sus preferencias con el objetivo de incrementar su patrimonio. Sin embargo, estas actividades están limitadas por las disposiciones legales y constitucionales para la protección del interés general, como se presenta a continuación.

1.3. La Intervención del Estado en el Mercado

La libertad económica, como principio fundamental del sistema económico, hace necesaria la existencia de la obligación a cargo del Estado de impedir que se obstruya la misma, pues se debe evitar o tomar medidas frente a cualquier falla que se presente en el mercado.

Un elemento esencial del principio de la economía de mercado es la intervención del Estado en la misma, incluso la intervención estatal es una característica propia del sistema económico. Lo anterior supone que la economía de mercado implica la adopción de medidas por parte del Estado para facilitar el funcionamiento del sistema, permitiendo aquellas actividades que sean compatibles con el funcionamiento del mercado (Hayek, Friedrich, 1998, p. 384).

Por tanto, se puede afirmar que el sistema económico de mercado libre y competitivo es un orden material que debe ser protegido, y la manera de hacerlo es mediante una efectiva intervención del Estado como garante de los intereses individuales y colectivos que están en juego (Correa Henao Magdalena, 2009, p. 176).

El principio de intervención del Estado en la economía es esencial para explicar la función de la normatividad de competencia en un país. Este principio fue introducido por primera vez en

Colombia como parámetro constitucional de funcionamiento del Estado, mediante el Acto Legislativo número 1 de 1936, en el cual se facultaba al Estado para establecer el marco jurídico que regulaba la actividad económica por medio de leyes. Posteriormente, el Acto Legislativo número 1 de 1945, el cual modificó el artículo 32 de la Constitución Política de 1886, estableció que el Estado intervendría en la economía por mandato legal de manera directa.

En la actualidad la intervención del Estado colombiano en la economía, en relación con la competencia como pilar del sistema económico, se encuentra reflejada en el ordenamiento jurídico, a nivel tanto constitucional como legal. A nivel legal se manifiesta en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y las demás normas de competencia. Por su parte, a nivel constitucional se encuentra enunciado en el artículo 334, así:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

(...)

Puede afirmarse entonces, que la Constitución deberá proteger las garantías de la libertad económica de los sujetos privados y deberá establecer unos límites a esa libertad, dándole así un protagonismo al Estado. De esta manera, el Estado debe crear normas para controlar las externalidades, haciendo lo que no puede hacer el mercado por sí mismo, y creando unas reglas de juego claras para ejercer la libertad de mercado.

En relación con el objeto de estudio del presente trabajo, es necesario señalar que, en virtud del mandato legal y constitucional, el Estado colombiano debe evitar que se atente contra la libertad económica y la competencia, esto es, debe regular o eliminar los monopolios u oligopolios y todas las formas de dominio de mercado que afecten la economía. Por lo anterior, el Estado protege los intereses de los consumidores y la libre competencia en los mercados mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo. Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia C 228 de 2010 señaló:

Las normas que integran lo que la jurisprudencia define como la “Constitución Económica” tienen importantes efectos en lo que respecta al modo e intensidad del juicio de constitucionalidad de las normas legales destinadas a regular la intervención del Estado en la economía. Como se ha visto, las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección

del interés social. Ello en el entendido que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en la economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios.

La intervención del Estado puede darse de dos formas: (i) a través de medidas propiamente interventoras que tienen como objetivo limitar el ejercicio de los derechos y libertades económicas para que estén en armonía con el interés general y (ii) a través de intervenciones encaminadas a proteger el sistema en sí mismo como protección necesaria para el fortalecimiento de la economía de mercado. Podría pensarse que hay una contraposición entre la intervención del Estado y el principio de la libertad de empresa y la libre competencia en el mercado, sin embargo, la función del Estado en la economía no puede contradecir dichas libertades, sino que debe estar orientada a fortalecer la eficacia de las mismas, a facilitar el disfrute generalizado de estas y a hacer factible una distribución más amplia de los beneficios que suponen esas libertades, mediante medidas que complementen esos derechos. Esto significa que la función del Estado es lograr un equilibrio entre las libertades individuales y el interés general, superando las asimetrías que no son tolerables. Teniendo en cuenta lo anterior, la intervención del Estado podría ser considerada arbitraria e ilegítima cuando sea incompatible e incoherente con la esencia de la economía de mercado (Correa Henao Magdalena, 2009, p. 178-179).

Según Correa Henao (2009, p. 199 -180), la intervención del Estado en la economía se puede realizar a través de normas generales y de normas específicas. Por su parte, las normas generales son disposiciones abiertas por las cuales se faculta al Estado a orientar la economía de manera general y, por otro lado, las normas específicas son aquellas disposiciones concretas que facultan a las autoridades públicas para establecer reglas de dirección que impactan directamente el

funcionamiento de un área específica de la economía y no el sector económico en general. No obstante, las normas específicas pueden tener una intervención directa o indirecta. La intervención directa se refiere a las medidas que pretenden que el Estado participe en la actividad económica como propietario o prestador de los servicios y, la indirecta, hace referencia al diseño de políticas públicas o a la fijación de normas que tienen un impacto en el funcionamiento de la economía, pero sin que el Estado participe como agente del mercado. Esta intervención indirecta puede manifestarse en: (i) direcciones, directivas y planes para limitar la actividad privada con miras a la protección del interés público; (ii) normas condicionales que estimulan o desincentivan a los agentes económicos al ejercicio de ciertas actividades sin prohibir una concreta; y (iii) normas que consolidan el correcto funcionamiento del mercado; estas son las normas que conforman el sistema económico de mercado libre.

CAPÍTULO II. Prácticas Anticompetitivas

Una vez claros los conceptos relativos al derecho constitucional a la libre competencia y teniendo una visión general del funcionamiento del mercado, es necesario hacer referencia a que la competencia puede verse limitada por múltiples razones. Por un lado, lo que la teoría económica denomina barreras de entrada, y, por otro, por actuaciones ilícitas de los agentes del mercado, al buscar incrementar sus beneficios, como lo son las prácticas restrictivas y los actos de competencia desleal. Las barreras de entrada son las condiciones que impiden o dificultan el ingreso de un agente al mercado, afectando así el nivel de competencia en la industria. Pueden considerarse como barreras de entrada, entre otras, (i) las naturales como las derivadas de la posesión de ciertos recursos naturales o de las características de una industria (como lo son la economía de escala); (ii) las legales, que hacen referencia a las restricciones que impone el legislador para participar en ramos de la actividad productiva (por ejemplo, el monto de activos y patrimonio para desarrollar la actividad bancaria, las regulaciones de salubridad, etc.); y (iii) las estratégicas que buscan mantener la posición de una empresa en el mercado mediante, por ejemplo, la realización de inversiones (Tarziján, Jorge, 2006, p. 83 -88). Además, la libre competencia también se puede ver restringida por el Estado mediante mecanismos como el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, regulaciones sectoriales y monopolios legales (Miranda & Gutiérrez, 2006: 334).

En este orden de ideas, dado que las conductas que buscan aumentar el beneficio de los agentes económicos pueden dar lugar a una violación a la libre competencia, el legislador colombiano estableció un régimen de competencia, el cual está regulado principalmente por medio de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. En este conjunto normativo se establece un catálogo de conductas que son "per se" contrarias a la competencia y además consagra

la prohibición general de lesionar la libre y leal competencia en los mercados. De esto último se desprende que, adicional a las conductas señaladas expresamente en las normas, podrán encontrarse otras conductas que pueden tener como efecto o por objeto restringir la competencia, las cuales también se considerarán ilegales (Miranda, 2017, p. 5-7). Además de definir los aspectos sustanciales, tales normas establecen lineamientos procedimentales para el tratamiento por parte de la autoridad competente en materia de competencia³.

A pesar de que el objeto central del presente escrito es el paralelismo consciente como modalidad de acuerdo, se hará una breve referencia a las demás prácticas restrictivas de la competencia, las cuales, en virtud del Decreto 2153 de 1992 y la Ley 155 de 1959, se clasifican en actos unilaterales de restricción de la competencia, abuso de la posición dominante y acuerdos restrictivos de la competencia, tal como se reseñará a continuación.

2.1 Actos Unilaterales de Restricción de Competencia

El artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 consagra como actos unilaterales de restricción de la competencia lo siguiente: (i) infringir las normas sobre publicidad consagradas en el Estatuto del Consumidor; (ii) ejercer influencia sobre una empresa para que aumente los precios de sus productos o servicios, o para que no los disminuya; y (iii) negarse a vender a una empresa o discriminarla por motivos de su política de precios.

³ El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009 estableció a la SIC como autoridad de competencia, ello en atención a que en países de tradición jurídica romano-germánica se ha privilegiado la aplicación pública del derecho de la competencia, es decir, se ha encargado a autoridades administrativas, revestidas de facultades investigativas y sancionatorias para hacer cumplir las normas de competencia, ello en razón de la dimensión pública y general de los intereses y derechos que cobija la libre competencia. No obstante, existiendo múltiples dificultades por parte de las autoridades administrativas, es posible activar la aplicación privada del derecho de la competencia por medio de solicitudes de particulares que tienen como objetivo que se declaren los efectos civiles derivados de prácticas anticompetitivas, como pueden ser, por ejemplo, la declaración de la nulidad absoluta de acuerdos anticompetitivos y de la responsabilidad civil por daños derivados de ilícitos contra la competencia. Para una referencia más amplia sobre los modelos de aplicación del derecho de la competencia, remítase a Ortiz, Ingrid & Solano, Diego (2016). Análisis Comparativo de los Sistemas de Aplicación Privada y Pública de las Normas de la Libre Competencia en los Países Integrantes de la Comunidad Andina. Vniversitas, Bogotá.

De acuerdo con lo estipulado en la norma, las tres conductas anteriores constituyen actos ilegales independientemente de que la empresa que incurra en estas tenga o no una posición dominante en el mercado, sin importar los efectos que estas conductas produzcan sobre la competencia y sobre el bienestar de los consumidores. La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que “si una empresa ejerce algún tipo de influencia para que otra empresa incremente los precios de los productos que ofrece o se evidencie una negativa de venta a esa empresa o discriminación por su política de precios, podría eventualmente constituirse una conducta anticompetitiva” (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2009, p. 26)

Un caso en el que se dio aplicación del mencionado artículo 48, es el caso de la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño (ADICONAR), por medio del cual la SIC, a través de la Resolución No. 01061192 del 08 julio de 2002, multó a la empresa por ejercer influencia sobre otras empresas dedicadas a la distribución minorista de combustibles, para que no disminuyeran sus precios, atentando así contra la libre competencia al manipular los precios.

2.2. Abuso de la Posición Dominante

La posición dominante hace referencia a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado en el que participa. Lo anterior implica que la empresa puede manipular los precios, cantidad de producción, calidad de los productos, entre otros, sin tener en cuenta cómo actúa su competencia (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018). Por tanto, es importante aclarar que de conformidad con el análisis de lo dispuesto en el artículo 333⁴ de la

⁴ El artículo 333 de la Constitución Política impone al Estado la obligación de evitar y controlar el abuso de la posición dominante en el mercado.

Constitución Política de Colombia, no se prohíbe la posición de dominio en el mercado sino el abuso de dicha posición.

Según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el abuso de la posición dominante es “*la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*”. Esta práctica, según el artículo 50 del Decreto mencionado tiene por objeto eliminar a competidores o consumidores del mercado y/o evitar que entren nuevos competidores al mismo, gracias a su posibilidad de determinar las condiciones del mercado. Para lograr los objetivos mencionados, los competidores incurren en las siguientes conductas que son consideradas como abuso de posición dominante: (i) reducción de los precios por debajo de los costos del bien o servicio; (ii) aplicar condiciones diferentes para operaciones equivalentes que sitúen a un consumidor o proveedor en una posición de desventaja frente a otros que tienen las mismas condiciones; (iii) subordinar el suministro de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de unas obligaciones adicionales no relacionadas con el objeto del negocio; (iv) vender bienes y servicios a un consumidor en condiciones distintas a las que se ofrecen a otros; (v) vender bienes o prestar servicios a precios distintos en los diferentes territorios del país con el objetivo de disminuir o eliminar la competencia en ese territorio específico y que el precio no corresponda a la estructura de costes de la transacción; e (vi) impedir a terceros el acceso a los mercados y canales de distribución.

La autoridad de competencia en Colombia ha determinado que para que se entienda que se configura esta práctica restrictiva, se debe probar que la empresa cuenta con posición de dominio como resultado de las condiciones del mercado, en consideración de su participación en el mismo, las barreras de entrada, su capacidad financiera y la legislación que le aplica. Adicionalmente, se deben identificar los efectos que la conducta restrictiva tuvo en el mercado, pues basta que se haya

generado una afectación al bienestar colectivo para que se entienda configurado el abuso de posición dominante (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018). Sin embargo, aunque no logre demostrarse un impacto negativo de la conducta sobre la eficiencia del mercado, podría entenderse que hay abuso de la posición dominante con el simple hecho de que se compruebe la ocurrencia de una de las conductas anteriormente descritas y la existencia de la posición dominante.

2.3 Acuerdos Restrictivos de la Competencia

En Colombia, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohíbe de manera general los acuerdos anticompetitivos y el Decreto 2153 de 1952 detalla las conductas consideradas como anticompetitivas, bien sea por su intencionalidad o por sus efectos. Lo anterior implica que en algunas ocasiones se sancionen los efectos anticompetitivos sin que se logre probar la intencionalidad o que se sancione la mera intencionalidad, aunque no se haya generado efectos en el mercado, lo que significa que en Colombia aplica un estándar sancionatorio mucho más estricto y radical que el de otros países.

Según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre varios competidores, que prevenga o restrinja la competencia o tenga la aptitud para hacerlo, lo cual, según la literatura económica, se conoce como colusión. La colusión se da cuando las empresas acuerdan no competir con el propósito de aumentar sus beneficios sacrificando la eficiencia del mercado, lo que implica la participación de varias empresas a la vez (Coloma, 2000, p.1). Por su parte, la SIC ha definido los acuerdos en varias de sus resoluciones como todo comportamiento irregular, expreso o tácito, de varios participantes en el mercado, que permiten identificar decisiones orientadas a un objetivo común que se refleja en tendencias de actuación similares o no (Resolución 69518, 2014, p. 77).

Ahora bien, los acuerdos pueden ser anticompetitivos por sí mismos⁵ (que es lo que se conoce comúnmente como cartel) o en virtud de sus efectos. Son anticompetitivos por sí mismos los acuerdos cuyo objetivo sea contrario a la competencia, independientemente si en efecto se ejecutó en el mercado. Por el contrario, un acuerdo es anticompetitivo por su efecto cuando el resultado de este tiene efectos negativos en el mercado, independientemente de cual haya sido la intención de las partes (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018).

En virtud del artículo 47 del Decreto *ibídem*, se consideran acuerdos anticompetitivos aquellos que tengan por objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios, la repartición de mercados entre productores o distribuidores, la asignación de cuotas de producción o suministro, la repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos, la limitación a los desarrollos técnicos, la subordinación del suministro de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de unas obligaciones adicionales no relacionadas con el objeto del negocio, la no producción de un bien o servicio o la afectación de sus niveles de producción, la colusión en licitaciones y, las que busquen impedir el acceso de terceros al mercado o a canales de comercialización.

En la Resolución 69518 de 2014 de la SIC se establece que se pueden sancionar conductas anticompetitivas así no estén consagradas dentro de la lista del ya mencionado artículo 47, puesto que se podrán sancionar conductas que, por su naturaleza, rasgos, contexto en el que se ejecutan y otras características, tiendan a limitar o afectar la libre competencia. Lo anterior debido a que, en virtud de lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959⁶, no solo se sancionan los efectos

⁵ Los acuerdos anticompetitivos en sí mismos son los conocidos como conductas ilegales “per se”.

⁶ El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 consagra una prohibición general que permiten sancionar conductas anticompetitivas, así no estén consagradas expresamente. El texto del artículo es el siguiente:

de la conducta anticompetitiva sino todas las prácticas que tengan como finalidad limitar la libre competencia, toda vez que la SIC al investigar tiene en cuenta la intención del presunto infractor, lo que implicaría que puede haber lugar a sanciones por la sola intención de incurrir en prácticas que tengan como objeto restringir la competencia, aunque no existan pruebas de los efectos anticompetitivos en el mercado (Resolución 49141, 2013, p. 72-73). Por su parte, en Estados Unidos las altas cortes en múltiples de sus decisiones han determinado también que los acuerdos pueden ser ilegales en sí mismos independientemente de sus efectos. Sin embargo, los economistas y abogados Richard Posner y Donald Turner, consideran que para que una práctica sea ilegal es necesario que produzca efectos anticompetitivos. Para ambos autores, los esfuerzos deberían estar concentrados en analizar los efectos de la conducta paralela en el mercado y no en probar que hubo un acuerdo. En esta misma línea, Michael K. Vaska⁷ sostiene que para que haya una violación de la Ley Sherman las Cortes deben determinar, en primer lugar, si hubo un acuerdo entre las empresas basándose en las razones que llevaron a estas a adoptar ciertas conductas y, posteriormente, deberán analizar si dichas conductas produjeron efectos anticompetitivos (Vaska, 1985, p. 509).

Puede afirmarse entonces que en Estados Unidos se le da gran importancia a la distinción entre las prácticas anticompetitivas en sí mismas y a las conductas que solamente podrán considerarse anticompetitivas cuando generen efectos negativos en el mercado, dañando de esta forma la

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 y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

⁷ Michael K. Vaska es un abogado estadounidense especialista en derecho de la competencia y protección de consumidor.

competencia. Esta distinción no se da en Europa, pues allí se centran en la tipificación de la conducta, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 85⁸ del Tratado de Roma.

Por otro lado, los acuerdos restrictivos de la competencia se pueden presentar en diferentes momentos de la cadena de producción; por esta razón, se llaman acuerdos horizontales los convenios entre competidores que ofrecen bienes o servicios similares o sustitutos en un único nivel de la cadena de producción, por ejemplo un acuerdo entre productores de trigo y, en contraste, se llaman acuerdos verticales a los pactos entre competidores que ofrecen sus productos o servicios en diferentes niveles de la cadena de producción, por ejemplo, un acuerdo entre un productor de trigo y un distribuidor de harina de trigo (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018).

En este orden de ideas, los acuerdos también se pueden clasificar en expresos y tácitos. Los expresos, se refieren a la existencia de un acuerdo explícito entre las empresas, mientras que los

⁸ El artículo 85 del Tratado de Roma de 1957 señala que:

1. *Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:*
 - a. *fixar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
 - b. *limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
 - c. *repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
 - d. *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
 - e. *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*
2. *los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.*
3. *No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:*
 - *cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;*
 - *cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;*
 - *cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,**que contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven el mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*
 - a. *impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
 - b. *ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.*

tácitos ocurren cuando el comportamiento colusivo se da como resultado de estrategias que adopta cada empresa de manera autónoma, pero que hace que ninguna de las empresas quiera realizar conductas competitivas para no correr el riesgo de que las otras empresas reaccionen ante su comportamiento y que esto traiga una reducción de sus beneficios (Coloma, 2000, p. 1).

CAPÍTULO III: Paralelismo Consciente como Modalidad de Acuerdo

3.1. Definición y Elementos Constitutivos

Dentro del ordenamiento jurídico de competencia, el cual se basa en desarrollos normativos extranjeros como los de Estados Unidos y la Unión Europea (Bardey, Becerra y Cabrera, 2013: 1-3), se establecen catálogos de conductas que se consideran contrarias a la libre competencia en los mercados, tales como los acuerdos, actos y abusos de posición dominante. En la primera categoría, el legislador colombiano adoptó de Estados Unidos (Miranda & Gutiérrez, 2006) y la Unión Europea (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2012. Art. 101) la figura denominada paralelismo consciente.

Como se mencionó anteriormente, el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define un acuerdo como “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Sin embargo, como se observa, tal disposición no es más que enunciativa y contiene la definición de acuerdo en general, mas no existe definición legal específica de la figura del paralelismo consciente, por lo que la doctrina y la Superintendencia de Industria y Comercio han intentado definirla.

Según la definición geométrica del paralelismo, este consiste en la igualdad de distancia entre todos los puntos de dos o más líneas o planos (Oteyza, Elena, 2005, p. 62). Así mismo, la Real Academia de la Lengua establece que por paralelo se entiende semejante, correspondiente o equivalente.

Por su parte, la Comisión de Monopolios del Reino Unido describió el fenómeno del paralelismo como la práctica por medio de la cual varios competidores cambian sus precios al mismo tiempo y en la misma cantidad o proporción (Stanbury, W.T. & Reschenthaler, G.B., 1973,

p. 619). La Comisión entiende entonces que hay un comportamiento paralelo cuando los cambios en los precios son idénticos dentro del mismo periodo de tiempo. Incluso, esta Comisión sostiene que una acción paralela no puede ser objeto de sanciones por sí misma, pues puede darse como resultado de una decisión independiente por parte de una empresa.

Por otro lado, tanto la doctrina nacional como internacional define el paralelismo como “una modalidad de acuerdo tácito en el que varias empresas presentan comportamientos similares y coincidentes durante un período determinado” (Miranda & Beltrán, 2015, p. 3). En este orden de ideas, la SIC, en la Resolución 27762 de 1999, ha dicho que para que haya paralelismo consciente se “requiere que exista una consciencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y se decida seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda autonomía en el actuar”. Lo anterior significa que para incurrir en dicha práctica anticompetitiva se requiere una conducta coincidente y una consciencia de las acciones que están desarrollando otros competidores (Resolución 51694, 2008, p. 21). De lo expuesto por la SIC se concluye que el paralelismo consciente está compuesto por dos elementos: (i) existencia de un comportamiento paralelo y (ii) la consciencia de la conducta.

De acuerdo con la SIC, la prueba de ambos elementos resulta necesaria en el sentido en que la ausencia de uno de los elementos implicaría la inexistencia de la práctica anticompetitiva en modalidad de paralelismo consciente, es decir, en ausencia de alguno de estos elementos se descartaría de plano la existencia de una conducta restrictiva de la competencia consistente en un paralelismo consciente.

Respecto al paralelismo la SIC ha sostenido que este se refiere a aquellos escenarios en los que las variables de distintos competidores con base en las cuales se compete, como lo son las cantidades y los precios, presentan “tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo”

(Resoluciones No. 51594 de 2008, 4946 de 2009 & 71794 de 2011). Por tanto, el paralelismo trae como consecuencia que dos o más agentes de un mercado específico ofrezcan precios similares en un mismo periodo, de forma que se genere un comportamiento parecido en relación con la disminución o aumento de los precios. La SIC en varias de sus decisiones⁹ ha señalado que no es necesario que haya una similitud en los precios de los bienes y servicios de los diferentes competidores, sino que basta que exista una tendencia en los precios y en las cantidades que estos ofrecen para que se entienda que se configura la existencia del paralelismo. Esto significa que para la SIC el paralelismo se da cuando se genera un comportamiento similar en relación con el aumento o disminución de los precios, es decir, cuando exista un patrón semejante de comportamiento en cuanto a las variables que se tienen en cuenta a la hora de competir, aunque no es necesario que el patrón sea igual.

Ahora bien, respecto al elemento consciente, la SIC ha señalado que los competidores deben actuar de manera consciente y coordinada con el objeto de no competir, generando así un patrón de comportamiento uniforme, es decir, una homogeneidad en el mercado. Lo anterior significa que el comportamiento paralelo debe ser el resultado de decisiones concertadas de los agentes económicos (Delegatura para la Protección de la Competencia, 2017, p. 142). Esto está en concordancia con lo consagrado en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, donde se estipula que toda práctica concertada debe cumplir con los requisitos de coordinación y cooperación, lo que se opone a la adaptación unilateral y autónoma del comportamiento de una empresa frente a las conductas de los competidores.

De acuerdo con la SIC, el elemento consciente se identifica a partir de diferentes elementos que reflejan el desarrollo de una conducta coordinada y armónica de los agentes en el mercado. Uno

⁹ Resolución 51694 de 2008, Resolución 4946 de 2009.

de estos elementos es por ejemplo el intercambio de información estratégica y las transacciones comerciales entre competidores (Delegatura para la Protección de la Competencia, 2017, p. 157). Sobre este punto, Helmut Brokelmann (2009, p. 91 – 92) ha afirmado que la forma habitual de incurrir en una concertación es el intercambio de información sensible, que implica modificaciones en las condiciones de la competencia. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de la comunidad europea ha dicho que el elemento decisivo para afirmar que hay una coordinación anticompetitiva, es el origen de la información, pues si ésta se deduce de las condiciones del mercado, no habrá lugar a una práctica concertada, toda vez que una adaptación al comportamiento de los competidores no viola la obligación de independencia de los mismos y, por ende, no implica incurrir en prácticas concertadas. Pero si por el contrario las empresas acuerdan modificar el comportamiento del mercado, claramente existirá coordinación anticompetitiva que busca reducir la incertidumbre y la libertad de actuación de las empresas.

Por otro lado, el Consejo de Estado¹⁰ ha afirmado que el sólo paralelismo de precios equivale a un acuerdo anticompetitivo, lo cual es contrario a la posición de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la doctrina internacional¹¹, pues tanto la SIC como la doctrina han sostenido que se requiere también del elemento consciente. En consideración de lo anterior, se puede afirmar que el Consejo de Estado aplica un estándar muy estricto de sanción, lo que puede llevar a que haya sanciones en casos en los que realmente no se están cometiendo conductas anticompetitivas (Miranda & Beltrán, 2015, p. 2).

¹⁰ 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.

¹¹ Michael K. Vaska, Ricard Posner, Donald Turner, Helmut Brokelmann.

Al respecto, Alfonso Miranda Londoño y Daniel Beltrán Castiblanco manifiestan que es importante que las autoridades de competencia y el Consejo de Estado comprendan que el paralelismo consciente es una modalidad de acuerdo, y como tal, es necesario probar el encuentro de voluntades entre los competidores y la falta de autonomía en la toma de decisiones (2015, p. 5).

Los acuerdos horizontales de precios, como el paralelismo consciente, son conductas que generalmente se presentan en mercados oligopólicos, en los cuales hay un número reducido de empresas que tienen poder de mercado, que ofrecen un bien o servicio homogéneo, donde la demanda es estable y donde hay barreras de entrada por la tenencia de las materias primas para la producción de los mismos (Stiglitz & Wash, 2009, p. 312). Sin embargo, es posible que las empresas fijen los precios de manera paralela bajo un equilibrio competitivo, sin ningún tipo de acuerdos, es decir, puede haber paralelismo como consecuencia de las decisiones autónomas de las empresas (Bardey et al, 2013, p. 33). Por lo tanto, en un mercado donde haya pocos competidores, es normal que las decisiones de uno influyan en las decisiones de los demás. Como consecuencia de esta interdependencia se pueden generar efectos de una práctica anticompetitiva, sin que exista efectivamente.

En concordancia con lo anterior, Donald Turner sostiene que las empresas pertenecientes a un mercado oligopólico que establecen un precio superior al precio de mercado teniendo en cuenta la posible reacción de los demás competidores, no podrían considerarse como infractoras del derecho de la competencia. Por ende, Turner concluye que una conducta paralela solo será ilegal cuando el comportamiento de las empresas no pueda ser explicado por las condiciones de un mercado oligopólico, es decir, no se puede sancionar lo que se conoce como “acuerdo tácito”, sino solo los expresos que generen consecuencias negativas en el mercado (Vaska, Michael K, 1985, p. 513).

De lo recopilado acerca de la definición del paralelismo consciente, se puede afirmar que esta resulta amplia y problemática para la resolución de casos concretos, por lo que se desprenden entonces dos principales dudas: (i) ¿Cuál es el alcance del paralelismo consciente? (ii) ¿Cuáles son los criterios para determinar si seguir las tendencias del mercado constituye paralelismo consciente y, en consecuencia, prácticas anticompetitivas? Para resolver estos cuestionamientos es necesario entonces examinar el tratamiento que le ha dado la SIC a la figura de paralelismo consciente, especialmente en lo que respecta su prueba. Este análisis se hará a partir de unos casos representativos.

3.2. Tratamiento del Paralelismo Consciente por Parte de la SIC: Criterios de Decisión y Problemáticas a Partir de Algunos Casos Relevantes en la Materia

La Ley 1340 de 2009 nombró a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC en adelante) como la autoridad nacional en materia de competencia y la habilitó para conocer en forma exclusiva de las investigaciones administrativas relacionadas con la competencia y para imponer multas a personas jurídicas y naturales como consecuencia de la infracción a las normas sobre protección de la competencia.

En virtud del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, la SIC debe velar por la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, el procedimiento que debe adelantar la SIC en las investigaciones administrativas por presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia está compuesto por tres etapas:

1. Etapa de averiguación preliminar: esta tiene como objetivo principal verificar la ocurrencia de los hechos, establecer los agentes presuntamente infractores y determinar la probable existencia o no de una infracción de las normas sobre protección de la competencia.
2. Etapa de investigación o instrucción: esta inicia siempre que el Superintendente Delegado concluya del análisis de la averiguación preliminar que hay fundamentos para dar inicio a una investigación formal para establecer si ha existido o existe una violación de las normas de competencia. Esta etapa inicia con la resolución de apertura de la investigación, en la que se formula un pliego de cargos contra los presuntos infractores.

Además, en esta etapa se recolectan y practican todas las pruebas que de oficio o a solicitud de parte se consideren pertinentes. Luego se realiza una audiencia de sustentación oral en la que los investigados exponen sus observaciones y argumentos frente a la investigación.

La etapa de investigación o instrucción finaliza con la expedición de un informe motivado en el que el Superintendente Delegado presenta el resultado de la investigación y recomienda al Superintendente de Industria y Comercio la imposición o no de sanciones.

3. Etapa de decisión: el Superintendente de Industria y Comercio analiza el informe motivado, el expediente y las observaciones presentadas por los investigados frente a dicho informe. Si el Superintendente concluye de su análisis que hay una infracción a la competencia, deberá convocar al Consejo Asesor de Competencia para que examine el informe motivado y la posición del Superintendente de Industria y Comercio con el objetivo de que se emita una recomendación sobre el sentido de la decisión. Posteriormente, el Superintendente

emite la resolución final en la cual se decide la ocurrencia o no de infracciones del régimen de la libre competencia económica y la imposición de las sanciones.

Así las cosas, considerando que la SIC es la autoridad en materia de competencia y teniendo claro el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, con el propósito de identificar el tratamiento y las reglas de decisión que ha utilizado la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar la existencia de paralelismo consciente como práctica anticompetitiva, se expondrán tres casos en los cuales la SIC ha resuelto sancionar a empresas por incurrir en esta práctica, estos son: (i) caso de las lecheras; (ii) caso de las gasolineras; y (iii) caso de las cementeras.¹²

3.2.1. Caso de las Lecheras – Resolución 27762 de 1999

Mediante la Resolución 267 de 1997 el Superintendente Delegado ordenó abrir una investigación en contra de la Asociación de Procesadores Independientes de Leche por prácticas comerciales restrictivas, en virtud de una publicación en un periódico en el que la asociación decía que a partir de ese día el litro de leche en bolsa costaría \$600 en Bogotá. Luego, mediante la Resolución 1635 de 1999 se decidió abrir investigación en contra de Ceuco de Colombia Ltda, Alimentos El Jardín S.A. Cooperativa Colanta Ltda, Parmalat Colombia Ltda, Algarra S.A. Delay Ltda, Industria Pasteurizadora y Lechera El Pomar S.A., Derilac S.A., Doña Leche Alimentos LTDA, Productos Naturales de Cajicá S.A. La Alquería y Pasterizadora La Pradera S.A.

¹² En el presente trabajo se exponen estos tres casos debido a que, luego de realizar una búsqueda exhaustiva en la base de datos de la SIC, se encontró que estos son casos relevantes, y que a pesar de estar distantes en el tiempo, muestran unos mismos criterios de decisión.

El Superintendente Delegado señaló que luego de la investigación se comprobó que las sociedades investigadas modificaron anualmente los precios impresos en la bolsa de leche de un litro en un mismo porcentaje y para el mismo tiempo, observando un comportamiento paralelo para los años 1997,1998 y 1999.

Al respecto, la SIC, en la Resolución por la cual se impone la sanción, señala que para que exista una práctica anticompetitiva es indispensable probar la presencia de dos o más empresas y de un acuerdo con el objeto o el efecto de fijar directa o indirectamente un precio. Adicionalmente, menciona que para que exista una práctica conscientemente paralela se requiere que exista consciencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y decidan seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias de manera reiterada, de modo que se pierda autonomía en el actuar. Sin embargo, la SIC aclara que no se requiere de un verdadero indagar sobre las voluntades, si no respecto de la manera como las empresas actúan en el mercado (Resolución 27762, 1999, p. 8).

Respecto del paralelismo la SIC expresa que cuando hay un comportamiento tan idéntico en un largo periodo es imposible que sea justificado con el pretexto de que tienen estructuras de costo similares, es decir, las empresas no pueden ampararse en las condiciones del mercado para excusar una conducta paralela. En adición a lo anterior, para la SIC es claro que para que un acto sea considerado contrario a la competencia no hay necesidad de evaluar el efecto real que la práctica haya tenido sobre los consumidores.

En su defensa, las sancionadas señalaron que no se encontraban probados los elementos constitutivos de la conducta, debido a que estas conductas necesariamente requieren un acuerdo previo, y en el caso no se dio, pues no se probó que las empresas hubieran

autorizado, ejecutado o al menos tolerado la fijación de precios. Así mismo, las sancionadas argumentaron que:

No se tuvieron en cuenta las circunstancias socioeconómicas, que además de los costos de la cadena láctea y la misma naturaleza de ser la leche, como producto que no requiere transformación, hace que frente a estas condiciones similares, su precio al público sea uniforme; lo anterior no como consecuencia de un acuerdo o sea contrato, convenio, concertación escrita o verbal como lo reconoce el mismo informe de investigación de la SIC, pero tampoco como consecuencia de una práctica conscientemente paralela ya que ésta requiere que exista consciencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y se decida imitarlas o seguirlas de manera reiterada, de tal forma que sea considerada una práctica. En este sentido se pierde autonomía en el actuar ya que se sigue o se actúa igual que un competidor en el mercado (Resolución 27762, 1999, p. 3).

En esta misma línea argumentativa, la Cooperativa Colanta Ltda sostuvo que los precios anualmente se incrementan debido a los factores que afectan la economía nacional y no por acuerdos o prácticas que atenten contra la libre competencia, pues los costos de la materia prima, de la producción, y del mercadeo son factores que afectan por igual a los empresarios de la leche en una región, provocando necesariamente un precio similar para el público. El hecho de que en algún momento se presenten similitudes en los precios de la leche no obedece al deseo de imitar las políticas de mercadeo y de precios de alguno de los competidores, pues los precios están determinados por los factores socioeconómicos y de costos que en un determinado momento afectan a todas las empresas (Resolución 27762, 1999, p. 4-5).

Con base en los argumentos expuestos por la SIC, Derilac S.A y la Cooperativa Colonta Ltda fueron sancionadas por contravenir lo consagrado en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

3.2.2. Caso Gasolineras – Resolución 71794 de 2011

La SIC por medio de la Resolución 33970 de 2010 dio apertura a la investigación contra la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo (Fendipetróleo) y la Federación Nacional de Distribuidores del Petróleo Seccional Boyacá y Casanare (Federación Seccional), basándose en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992¹³. Adicionalmente, por medio de la mencionada Resolución se dio apertura de la investigación contra Distribuidora de Combustibles el Sol S.A. (Dicosol s.a.), Estación de servicio La Isla LTDA, Cooperativa de Transportes Rápido Chicamocha (Cootrachica), Cooperativa de transportadores flotax Duitama (Cooglotax), Estación Villa del Río LTDA y Comercializacion de Combustibles y Transportes LTDA (Comertrans LTDA) por infringir lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior debido a que, según el Superintendente Delegado, estas compañías habían alterado por medio de un acuerdo, los precios de la gasolina corriente y del ACPM durante el periodo comprendido entre 2007 y 2009 en la ciudad de Duitama – Boyacá.

Respecto a este caso solo se hará referencia al cargo de paralelismo consciente, ya que es el objeto de análisis del presente escrito. Sobre este cargo la SIC consideró que de la

¹³ Este numeral señala que se considera contrario a la libre competencia “influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”.

información recolectada se podía concluir que existió una práctica conscientemente paralela entre algunas estaciones de servicio, puesto que demostraron la misma tendencia en la fijación de sus precios, estableciendo valores idénticos o con las mismas variaciones en un determinado periodo de tiempo (2007-2009). Estas similitudes en los precios y los momentos en los que estos fueron modificados se tomaron como indicios para la imposición de la sanción. Sin embargo, la SIC en este caso sostuvo su línea argumentativa en el sentido de considerar que el paralelismo no implica necesariamente una exactitud o similitud en los precios que los agentes económicos estipulan para sus bienes y servicios, sino que basta con que se evidencien tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo en lo referente a las cantidades y precios de los bienes o servicios (Resolución 71794, 2011, p. 55).

En contradicción con lo mencionado acerca de los indicios, la SIC mencionó que “debe existir suficiente prueba que permita constatar si existe o no una concertación con fines anticompetitivos” (Resolución 71794, 2011, p. 56).

Las investigadas señalaron que el paralelismo se explica por las razones del mercado, es decir, que la similitud en los precios se debe a los factores en común que afectan a las empresas como por ejemplo el tipo de estación, los costos de transporte, la identidad de ubicación, el precio fijado por el Gobierno, entre otros.

En lo relacionado con el elemento consciente, la SIC expresó que con el mero hecho del paralelismo no se incurre en una infracción, pues es necesaria una evaluación de los diferentes elementos cualitativos que lo rodean, por lo que es importante la existencia del elemento consciente, pues a través del mismo se materializa la conducta. Es decir, la prueba de una práctica consciente debe ser el resultado de la valoración, no aislada sino en

conjunto, de las características específicas del mercado y del comportamiento concreto de los investigados, por ejemplo, se debe considerar que la conducta paralela no haya sido resultado de políticas unilaterales e independientes ejecutadas por los investigados (Resolución 71794, 2011, p. 56). Por ende, el Superintendente consideró que en el caso se configuró la existencia del elemento consciente por la prueba de comunicaciones entre las partes.

Adicionalmente, la SIC manifiesta que el hecho de que se haya realizado un monitoreo de precios, permite concluir que existe la consciencia de la conducta paralela, lo que conlleva a que la práctica pueda ser sancionada.

Las sancionadas en este caso apelaron la decisión de la SIC, por lo que el caso fue remitido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual confirmó la decisión de primera instancia. Posteriormente, las sancionadas interpusieron recurso de casación, haciendo competente a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para conocer del caso. Dicha Sala mencionó que:

La fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto.

Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no pueden ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso,

depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de servicio, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto (Consejo de Estado, 2014, p. 53- 54).

Con base en los argumentos previos el Consejo de Estado encontró probado el paralelismo consciente para el caso de las gasolineras, confirmando así la sentencia apelada.

3.2.3. Caso Cementeras– Resolución 81391 de 2017:

En virtud del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la SIC acusó a Cementos Argos S.A. (en adelante Argos), Cemex Colombia S.A. (en adelante Cemex), Holcim Colombia S.A. (en adelante Holcim), Cementos Tequendama S.A.S. (en adelante Tequendama) y Cementos San Marcos S.A.S. (en adelante San Marcos), de la existencia de un acuerdo para la fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente. El cargo por paralelismo fue soportado en el incremento uniforme y coordinado de los precios de venta del cemento gris tipo 1, así como en la existencia de un tracking de precios como una práctica constante que serviría de mecanismo de supervisión de un presunto acuerdo.

En este caso, la SIC reiteró que el paralelismo hace referencia a aquellas situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en las cuales se compite, especialmente cantidades y precios, presenten tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo y que impliquen a varios agentes económicos. De esta manera, la SIC señala que no se requiere de 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, es decir, la consecuencia del paralelismo es que dos o más agentes de un mercado específico ofrezcan precios similares en un periodo de tiempo, de forma que se genere un comportamiento parecido en relación con la disminución o aumento de los precios.

Conforme con lo anterior, el Superintendente decidió sancionar a Argos, Holcim y Cemex por haber incurrido en paralelismo consciente, basándose en el hecho de que el precio del cemento gris tipo 1 aumentó entre los años 2010 y 2012, siendo estos similares entre las tres cementeras. Adicionalmente, el Superintendente consideró que se probó el elemento consciente debido a que se encontraron correos electrónicos y comunicaciones que evidenciaban un ambiente colaborativo entre las cementeras que resultaba contrario a los intereses económicos de cada una de estas y a la racionalidad económica. Además, la SIC encontró que el tracking de precios, el cual consiste en el seguimiento o chequeo de precios de los competidores, es una herramienta que puede servir como monitoreo de un presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia, aunque en otros casos puede dar cuenta de un comportamiento normal de seguimiento de los competidores.

En su defensa, Holcim sostuvo que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que contiene la prohibición general, no define de manera clara y concreta una conducta reprochable, pues simplemente hace una descripción general y vaga de unas conductas que permiten diversas aplicaciones, por lo que la norma sería inconstitucional al generar aplicaciones equívocas, al igual que lo que sucede con vago concepto de paralelismo consciente. Lo anterior debido a que las normas mencionadas no cumplen con el requisito de tipicidad que exigen los

artículos 6¹⁴ y 29¹⁵ de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, Holcim argumentó que el concepto de paralelismo no puede ser definido como sinónimo de tendencia, dado que aquel se configura al evidenciarse la misma distancia entre los precios.

Por su parte, Argos manifestó que el paralelismo consiste en “la variación de los precios en el mismo ritmo, la misma cuantía y al mismo tiempo”, por lo que este no puede entenderse como sinónimo de una tendencia en los precios como lo ha afirmado la SIC, debido a que la tendencia solo indica que la compañía interactuó en el mercado, y ésta, como cualquier otro agente, puede seguir los precios de sus competidores reaccionando frente a los movimientos del mercado.

Respecto del elemento consciente, las cementeras coincidieron en que este elemento no se había presentado en este caso, debido a que los correos electrónicos y comunicaciones entre las compañías no evidenciaban el intercambio de información sensible y estratégica que tuviera como consecuencia el debilitamiento o distorsión del mercado. Además, sostuvieron que “el elemento consciente del paralelismo resulta de la consciencia de estar siguiendo un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades en una actuación coordinada”, por lo que el simple conocimiento del mercado y de las actuaciones

¹⁴ Artículo 6: *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

¹⁵ Artículo 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

de los competidores, lo cual es un deber y una necesidad de todo competidor para poder crear su propia estrategia, no puede constituir un comportamiento reprochable.

Sobre el tracking de precios Argos expuso que ésta constituye una práctica legítima y necesaria en cualquier mercado y que no puede ser considerada como un indicio de una práctica anticompetitiva por tres razones: (i) el tracking de precios es una herramienta que no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) el tracking de precios mejora la competitividad al permitir la toma de decisiones económicamente racionales y oportunas en un mercado; y (iii) la información recaudada a través del tracking refleja el precio de venta al público, la cual no es una información confidencial.

De la observación de los casos previos, podría decirse que la SIC ha utilizado como criterios comunes para determinar la imposición de sanciones por paralelismo consciente los siguientes: (i) la mera tendencia en los precios en un mismo periodo de tiempo, es decir, que haya un comportamiento similar en relación con la disminución o aumento de los precios, aunque no se fijen exactamente los mismos precios; (ii) el monitoreo de precios de la competencia (tracking de precios) como prueba del elemento consciente, y por ende, como elemento que permite determinar la configuración de paralelismo consciente; (iii) intercambio de información estratégica y transacciones comerciales entre competidores como prueba del elemento consciente.

La anterior línea argumentativa y decisoria de la SIC, específicamente respecto a lo que ha entendido por paralelismo consciente, se ha mantenido a lo largo del tiempo, puesto que en el presente capítulo se examinaron tres casos diferentes que fueron resueltos de manera separada en el tiempo, y en todos ellos se mantuvo el mismo criterio y concepto a la hora de decidir.

Lo anterior implica que la SIC ha fundamentado sus decisiones acerca de la existencia de paralelismo consciente en meras presunciones y en pruebas que no son concluyentes en lo que respecta al elemento consciente, llegando a probar una práctica sancionable mediante conductas que están permitidas, que son razonables en el mercado y que incluso son beneficiosas para la competencia y para los consumidores, como lo son el monitoreo o tracking de precios, las transacciones comerciales entre competidores, las tendencias en los precios en virtud de las condiciones socioeconómicas, entre otras. De esta manera, se podría sostener que la SIC puede estar incurriendo en decisiones arbitrarias, contrarias a la esencia y naturaleza del mercado, extralimitándose así en sus funciones y desviándose del objetivo de su vigilancia y control.

Como ya se mencionó anteriormente, se puede afirmar que esta autoridad, al momento de determinar la existencia de acuerdos horizontales de precios en la modalidad de paralelismo consciente, se basa principalmente en la demostración de la ocurrencia de conductas paralelas y no logra probar de manera suficiente el elemento consciente, el cual es necesario para que se configure una práctica restrictiva, pudiendo llegar a sancionar conductas autónomas y unilaterales de las empresas.¹⁶ Sin embargo, atendiendo a la definición que la misma SIC ha dado sobre la figura en cuestión, para declarar la realización de esta práctica anticompetitiva se precisa probar al menos dos elementos: comportamientos coincidentes y la consciencia. En otras palabras, para que esta práctica sea catalogada como un acuerdo anticompetitivo se debe demostrar que ha habido

¹⁶ Resolución 27762 de 1999: Caso Derilac S.a. y Cooperativa Lechera Colanta Ltda.
Resolución 51694 de 2008: Caso Cementos Argos, Holcim, Cemex y Cementos Andino.
Resolución 29302 de 2000: Caso Andevip
Resolución 81391 de 2017: Caso Cementos Argos, Cemex Colombia, Holcim Colombia, Cementos Tequendama y Cementos San Marcos.

comportamientos coincidentes durante el mismo periodo de tiempo y que estos se adoptaron de manera consciente y que, por tanto, las decisiones no fueron tomadas de manera autónoma.

No obstante, el elemento consciente presenta grandes dificultades en materia probatoria, ya que es difícil demostrar que la empresa no tomó ciertas decisiones de manera autónoma y que por el contrario fueron tomadas por el simple hecho de imitar la conducta de sus competidores, con la intención de restringir la competencia en el mercado. Por lo anterior, se observa que la SIC se ha inclinado por declarar la realización del paralelismo consciente e imponer las sanciones correspondientes, basándose en una mera tendencia en el comportamiento de los agentes, normalmente manifestada en la fijación de precios similares y en indicios. Además, en las distintas resoluciones analizadas, no queda claro cuáles son las pruebas específicas que llevan a la SIC a determinar la existencia del elemento consciente, ya que desarrolla de manera amplia el elemento del paralelismo, pero no desarrolla de manera suficiente el elemento consciente. El problema que deriva de esto es que no resulta claro hasta qué punto tales tendencias de comportamiento son anticompetitivas o hasta qué punto son una simple manifestación de la competencia sana y deseable para el mercado.

Es evidente entonces que hay inconvenientes para detectar acuerdos anticompetitivos en Colombia y, por tanto, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene un amplio margen de acción a través de un alto nivel de prohibición, lo que lleva a que las empresas tengan fuertes restricciones en el desarrollo de sus actividades y una alta carga de la prueba en caso de que sean investigadas (Bardey et al, 2013, p. 36). En virtud de la dificultad en materia probatoria, específicamente en cuanto a la prueba del paralelismo consciente, la SIC ha tenido que demostrar la existencia de sus elementos a través de indicios y pruebas incompletas. Sin embargo, Brokelmann señala que una conducta meramente paralela no puede constituir una prueba

suficiente para que exista una concertación, pues únicamente sirve como prueba indiciaria de una coordinación o cooperación entre las empresas, lo que implica que en principio no se podría juzgar una conducta basándose en este tipo de pruebas indirectas, pues los elementos de prueba siempre deben ser suficientemente precisos y concordantes para poder afirmar que el comportamiento paralelo fue resultado de una concertación (2007, p. 108). En esta misma línea, Vaska estipula que un acuerdo de precios se infiere de una conducta paralela siempre y cuando las empresas no puedan demostrar que esa conducta fue adoptada de manera independiente por razones propias del negocio (1985, p. 509).

Así mismo, Richard Posner señala que el mayor problema de que se sancione a una empresa en razón de un “acuerdo tácito” es el de la prueba, para lo cual sugiere que se debe analizar (i) los mercados cuyas condiciones propicien la existencia de colusión; y (ii) las evidencias de mercado que permitan determinar si efectivamente existe colusión. Por lo anterior, Posner concluye que no se deberían igualar los acuerdos tácitos y los acuerdos expresos, pues los tácitos son objetables y solo deberían ser sancionados cuando tienen como efecto disminuir la oferta de bienes y servicios, y aumentar los precios por encima del nivel competitivo (Vaska, 1985, p. 516). La SIC, por ejemplo, en muchas ocasiones no hace esta distinción entre acuerdos expresos y tácitos, y tiende a darles el mismo tratamiento en la práctica.

Por lo anterior, lo razonable sería que no se sancionara el paralelismo de precios sin tener pruebas suficientes para demostrar que hubo un acuerdo por parte de las empresas, esto debido a que una conducta paralela no es elemento suficiente para que se configure un paralelismo de precios que deba ser sancionado, sino que la Superintendencia de Industria y Comercio debe profundizar en la investigación, más no presumir que hubo conductas consideradas ilegales por el solo hecho de que haya un comportamiento paralelo.

3.3. Referentes Internacionales sobre Paralelismo Consciente: Estados Unidos y Europa

La normatividad en materia de competencia a nivel internacional ha tenido como principales precursores a Estados Unidos y la Unión Europea, tal como se ha evidenciado a lo largo del presente escrito.

En primer lugar, en Estados Unidos la Ley Sherman, la cual es la primera regulación en materia de competencia a nivel internacional, consagra unas conductas prohibidas y un fin prohibido. Entre las conductas prohibidas se encuentran los acuerdos, las cooperaciones o conspiraciones, mientras que el fin prohibido es la restricción de la competencia. (Coloma, 2000, p. 12.)

La jurisprudencia de Estados Unidos ha estudiado el tema de las colusiones tácitas a través del fenómeno del paralelismo consciente. Lo anterior significa la existencia de un comportamiento paralelo por parte de los competidores en cuanto a la determinación de los precios, lo que resulta en una hipótesis de colusión tácita. Este comportamiento es también consistente con la hipótesis del comportamiento oligopólico no colusivo, por tanto, el uso del paralelismo consciente como prueba ha sido discutido, pues este es considerado como uno de los elementos de la colusión encubierta, pero solamente puede configurarse como tal cuando el paralelismo consciente está unido a otros factores adicionales.

En los inicios de la Ley Sherman, las Cortes equiparaban el paralelismo consciente con los acuerdos, lo que causaba que se concluyera que había conspiración en la determinación de los precios sin tener una prueba de un acuerdo formal para adoptar prácticas paralelas. Sin embargo, a partir del caso “Theatre Enterprises Inc v. Paramount Fil Distributing Corp” en 1954, la Corte Suprema sostuvo que el paralelismo consciente no es equivalente a un acuerdo y, por ende, no puede considerarse en sí mismo como violatorio de la Ley Sherman ni violatorio de la competencia (Vaska, 1985, p. 520).

Después del caso mencionado anteriormente, las Cortes han afirmado que una conducta paralela solo podrá ser evidencia de un acuerdo cuando logre probarse la existencia de otros elementos adicionales como por ejemplo un alto nivel de comunicación entre las empresas, la estandarización artificial de los productos, aumento de precios en periodos de baja demanda y que las prácticas paralelas sean contrarias al interés de la empresa, es decir, que no haya una razón de negocio válida para la realización de esa conducta (Vaska, 1985, p. 520).

Adicionalmente, las Cortes han establecido que la similitud de los precios en productos aparentemente homogéneos no constituye en sí misma una conducta colusiva, y el mero seguimiento al líder de precios no puede considerarse como un acuerdo restrictivo de la competencia, por ende, no debería ser sancionado. La uniformidad de precios, inclusive un paralelismo consciente de precios puro, no es ilegal por sí solo (Vaska, 1985, p. 521).

Por otro lado, las conductas conscientemente paralelas no se encuentran tipificadas en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, sin embargo, este concepto ha sido utilizado por la jurisprudencia comunitaria en mercados oligopolísticos, pues se considera que en estos puede existir un equilibrio colusorio si los competidores interactúan constantemente anunciando precios. En Europa se ha utilizado el paralelismo de precios como evidencia de concertación, sin embargo, la doctrina ha señalado que la conducta paralela no es suficiente para concluir que hay un acuerdo (Coloma, 2000, p. 12).

El Tribunal de la Comunidad Europea ha considerado que las prácticas conscientemente paralelas, al contrario de las prácticas concertadas, no exigen el elemento consensual, pero se debe partir del principio de inocencia, esto es, se debe partir de que el seguimiento al líder de precios puede ser el resultado de un comportamiento autónomo de los competidores, que constituiría una medida inteligente y razonable, por lo que sería un comportamiento irreprochable. Lo anterior, se

concluye porque el Tratado prohíbe toda forma de colusión que pueda afectar la libre competencia, pero no excluye el derecho de los competidores a adaptarse de forma inteligente al comportamiento previsible y real de sus demás competidores, por lo que, si lo anterior no se aceptara, se estarían sancionando conductas que no atentan contra la libre competencia (Coloma, 2000, p. 13 -15).

En la misma línea, el doctrinante español Carlos Pascual Pons, señala que existen tres tipos de comportamientos que constituyen una práctica conscientemente paralela, estos son: (i) los acuerdos expresos entre los competidores, donde no hay duda de la práctica anticompetitiva; (ii) el paralelismo tácito derivado de decisiones individuales e independientes de los competidores, y en consecuencia, derivado de la interdependencia oligopolística de cada competidor; y (iii) el paralelismo tácito donde los competidores deciden aliarse para que el mercado sea supracompetitivo. (2008, p. 17-28).

Como puede observarse de lo anterior, la colusión tácita es permitida en Estados Unidos, es decir, es necesario que se demuestre que hubo un acuerdo mediante pruebas materiales para que se sancione la conducta, pero las acciones que puedan considerarse como indicios de un acuerdo no pueden ser sancionadas. Por otro lado, en Europa la colusión tácita no es ilegal en sí misma, pero las conductas que la facilitan sí pueden ser ilegales y por ende sancionadas. Esto se traduce en que el paralelismo de precios solo se considera ilegal “per se” en Colombia (Bardey et al, 2013, p. 33).

CAPÍTULO IV: Tracking: Elemento para la Fijación de Precios en el Mercado

El precio es la “expresión de valor que tiene un producto o servicio, manifestado en términos monetarios u otros elementos de utilidad, que el comprador debe pagar al vendedor para lograr el conjunto de beneficios que resultan de tener o usar el producto o servicio” (Lamb, Charles, Joseph & McDaniel Carl, 2016, p. 586).

Las empresas a la hora de fijar sus precios deben diseñar una estrategia que considere los siguientes elementos: (i) la percepción de valor y la sensibilidad al precio de los clientes; esto incluye conocer los atributos importantes del bien o servicio ofrecido que cada tipo de cliente valora; (ii) la capacidad interna de la compañía, lo que implica identificar las fortalezas y la estructura de costos, es decir, si la empresa tiene una ventaja competitiva en cuanto a costos, debido a su desarrollada economía de escala o porque puede obtener los recursos más económicos, probablemente su estrategia será establecer unos precios bajos, pero si la fortaleza de la empresa es tener el mejor talento humano, es posible que su estrategia competitiva sea fijar precios altos, pues lo que le conviene es la diferenciación; (iii) la identificación de las capacidades de la competencia y el conocimiento de las intenciones de los competidores, toda vez que esto es imprescindible para poder ser competitivo en un determinado mercado; (iv) determinar una estructura de precios; (v) establecer un proceso de precios; (vi) identificar la fase del ciclo de vida del mercado, ya que los objetivos y las estrategias de comunicación de valor, el número de competidores, las intenciones de los competidores y la percepción de valor van cambiando en la medida en que el mercado va madurando; y (vii) coherencia entre el portafolio y las estrategias de distribución y promoción (Restrepo, Nicolás, 2012, p. 29).

La política tradicional de fijación de precios se basa fundamentalmente en los costos de elaboración, a los cuales se agrega un margen de utilidad. Esta forma de fijar precios, que aún es utilizada, es una forma ineficaz en el medio y largo plazo toda vez que se deja por fuera el precio de mercado de ese bien o servicio. Así mismo, la homogeneidad en los bienes ofrecidos, propuesta por los economistas clásicos, no está acorde a la realidad de los mercados, puesto que unos productos prácticamente idénticos podrían ser considerados como distintos por los consumidores. En esta misma línea, el posicionamiento de un producto en un mercado hace referencia a la localización de este en términos de similitud con otros y, el estudio acerca del posicionamiento de los productos, en cuanto al precio, puede ser determinante para la entrada de nuevos competidores en un mercado. De esta manera, se ha considerado que el precio de los bienes y servicios es un atributo de gran importancia, pues este interactúa con otros atributos como la calidad, y afecta directamente la intención de compra de dicho producto o servicio (Cuestas Díaz, Pedro Jesús, 2001, p. 96, 103).

Adicionalmente, las decisiones sobre fijación de precios tienen implicaciones estratégicas, ya que tienen efectos en otros precios, en los consumidores e incluso en los competidores.

De este modo, la estrategia en la industria se basa en analizar cómo múltiples factores como la oferta, la demanda, los costos, las regulaciones, las tendencias tecnológicas y las acciones de los competidores determinan la tendencia en los precios. Las compañías que no se basan simplemente en los niveles de precios del mercado tienen una mejor comprensión de las tendencias en la industria que los demás competidores. Dichas empresas invierten en obtener una amplia mirada sobre la dirección que tomarán los precios en la industria en un corto y mediano plazo (Marn, Michael V., Roegner, Eric V. & Zawada, Craig C., 2004, p. 15). Para esto, existen múltiples compañías que ofrecen servicios de tracking de precios o que ofrecen programas o aplicaciones

para realizar dicho monitoreo, que le permite a la empresa conocer el mercado y tener una mejor y más competitiva política de fijación de precios.

En esta línea, para una adecuada fijación de precios se requiere no solo un conocimiento absoluto de la propia empresa y de cómo sus acciones afectarán los precios en el mercado, sino que también es necesario conocer los comportamientos de los competidores y cómo estos a su vez afectarán los precios del mercado, lo cual se logra a través del *tracking o monitoreo*. Por tanto, es necesario tener en cuenta la capacidad, la estructura de costos, las inversiones de capital, el desarrollo y las aspiraciones de los competidores.

Según Sergio Vivanco, el objetivo principal del monitoreo o tracking del mercado es determinar el posicionamiento de una empresa frente a sus competidores, por medio de la vigilancia del mercado que su vez proporciona información significativa y real sobre los resultados del posicionamiento de un producto (2010, p. 99)

Al tener toda esta información y al hacer un seguimiento de los competidores, las compañías pueden anticiparse a las tendencias de los precios de la industria y tomar decisiones de conformidad con esta información, volviéndose así participantes activos en el mercado. Las empresas pueden ajustar sus estrategias para aprovechar el conocimiento que tienen del mercado y estar un paso adelante de los competidores en lugar de acudir a acuerdos de precios. Finalmente, “las empresas podrán conocer cómo influenciar de manera constructiva el comportamiento de los precios en la industria, y podrán saber cuándo es el momento adecuado para subir los precios o cuándo se debe seguir a un competidor” (Marn et al, 2004, p.16).

El liderazgo en los precios y el seguimiento de los precios de los competidores son factores necesarios para que haya variaciones de los precios en el mercado. El liderazgo en los precios

significa tomar la iniciativa de subir los mismos cuando las condiciones son óptimas para ello y permitir la decisión independiente de los competidores de seguir este comportamiento, lo cual es una estrategia legítima para promover, dentro de la ley, unas conductas competitivas positivas para la industria. Los líderes de precios y sus seguidores pueden de manera independiente y unilateral influenciar la economía de la industria y conducir los precios a sus niveles adecuados (Marn et al, 2004, p.75).

Michael V. Marn, Eric V. Roegner y Craig C. Zawada (2004, p. 87) sostienen que en los casos en los que hay líderes de precios, la clave para el buen funcionamiento del mercado es que haya otros competidores que lo sigan. Los seguidores juegan un papel fundamental para lograr un buen comportamiento respecto de los precios, sin embargo, todos los agentes de un mercado pueden ser líderes y seguidores dependiendo de la situación del mismo. Un ejemplo de lo anterior es el caso de la industria de componentes electrónicos en Estados Unidos: en un sector en el cual hubo baja rentabilidad durante varios años, un oferente anunció un incremento de sus precios en un 4%. Durante dos semanas este oferente esperó a que los principales competidores lo siguieran, pero esto no sucedió, por lo que el oferente tuvo que retractarse del incremento del precio. La razón por la que no hubo reacción a la decisión de este competidor fue porque el presidente del competidor estaba por fuera de sus labores y no pudo tomar la decisión de incrementar los precios para seguir al oferente. A su regreso, el presidente iba a autorizar el incremento de los precios cuando se dio cuenta que el primer oferente se había retractado, por lo que no hubo aumento de los precios, causándoles una pérdida en la rentabilidad.

Los autores resaltan que un leal seguimiento de precios no significa que se esté actuando en contra del propio interés económico, sino que, por el contrario, se puede actuar conforme al propio interés económico al tiempo de que se sigue el comportamiento de precios de un líder.

La racionalidad económica implica que los comportamientos de los agentes económicos estén fundamentados en un determinado beneficio. Lo anterior implica que el axioma básico de comportamiento de las empresas es la maximización de los beneficios económicos (Cuestas Díaz, Pedro Jesús, 2001, p.106).

La SIC, en el caso de las cementeras en el 2017, expresó que el tracking, monitoreo o chequeo de precios es una herramienta de marketing que le permite a los competidores conocer el precio que se establece al público de un determinado bien o servicio. Menciona además que el tracking de precios no puede descartar la existencia de una práctica anticompetitiva, sin embargo, de acuerdo con este razonamiento de la SIC, se podría afirmar que también carecería de toda lógica establecer que el tracking de precios posee la entidad suficiente para probar que existe una práctica anticompetitiva. Es decir, el tracking de precios no puede ser un elemento para probar que se está actuando de manera competitiva ni tampoco podría ser un elemento para probar una conducta anticompetitiva.

Como se ha observado, el tracking de precios es una herramienta necesaria para la participación de un agente en el mercado e incluso es una práctica común en las empresas, no obstante, la SIC ha expresado que este es un mecanismo que constituye una estrategia para reforzar la estabilidad de un acuerdo de precios a pesar de que ha aceptado que se trata de una práctica usual.¹⁷

En conclusión de este capítulo, se puede afirmar que el enfoque de la estrategia en el mercado es monitorear para predecir las tendencias en cuanto a precios de una manera más acertada, respondiendo a éstas adecuadamente e influenciándolas de manera positiva. Este liderazgo y seguimiento de precios disminuye el riesgo de una competencia destructiva, pues crea un entorno

¹⁷ Resolución 43218 de 2016 y Resolución 54403 de 2016.

en el que los beneficios de precios generados en las transacciones entre oferentes y consumidores pueden ser sostenibles en el tiempo. En adición a lo anterior, se puede afirmar que, según los autores antes citados, el monitoreo o tracking es necesario para una sana competencia y, por ende, para el buen funcionamiento del mercado.

Se puede sostener entonces que el hecho de que se sancione una conducta restrictiva de la competencia basándose en que la empresa realizó un monitoreo de los precios de los competidores, sería sancionar una conducta que no es reprochable al no estar prohibida y al no atentar contra el mercado. Por ende, la SIC se estaría extralimitando en los casos en los que tome el tracking de precios como elemento para sancionar el paralelismo consciente, debido a que de la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no puede derivarse que el tracking de precios sea una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano. La SIC tiene como propósito superar las asimetrías en el mercado que no son tolerables, por lo que sancionar una conducta que está permitida y que es sana para el mercado, como lo es el tracking de precios, podría ser considerada como una decisión arbitraria e ilegítima, pues sería incompatible con la esencia de la economía de mercado.

CAPÍTULO V: Problemática: El Tracking de Precios como Elemento para Determinar la Existencia de Paralelismo Consciente

La determinación de los precios, según Michael V. Marn, Eric V. Roegner y Craig C. Zawada, ha sido siempre el foco de las leyes sobre competencia, las cuales buscan mantener un mercado competitivo (2004, p. 182).

Es necesario que las empresas tengan claro el margen de acción que permite la ley y las autoridades de competencia, para que estas puedan desarrollar con tranquilidad sus estrategias de precios teniendo en cuenta el nivel de riesgo que están dispuestas a asumir.

De conformidad con lo anterior y debido a la existencia de un mercado competitivo, es evidente que es necesario conocer el mercado en el que se interactúa, es decir, conocer su estructura y las estrategias del medio para la penetración en el mercado. En este sentido, una de las formas utilizadas actualmente para conocer tales estrategias es a través del seguimiento o monitoreo de la actividad de los competidores, lo cual implica la observación y el análisis de los precios, la calidad, las estrategias publicitarias, las innovaciones y demás condiciones de los productos y servicios ofrecidos por los competidores. A este instrumento para conocer el mercado se le conoce como *tracking*, el cual constituye una herramienta competitiva deseable para el mercado. El tracking puede realizarse, como ya se dijo, para observar diversas variables, entre las que se destaca el precio que los competidores han fijado para un bien o servicio. A través de esta práctica, las empresas pueden analizar si el precio que están fijando para sus bienes o servicios corresponde a las condiciones del mercado y, de esta manera, tomar las decisiones adecuadas respecto a la fijación de precios. Por lo tanto, actualmente es usual que las empresas utilicen la herramienta del tracking de precios para realizar el estudio de su mercado y así poder tomar sus decisiones de una

manera racional y competitiva (Nagle, Thomas; Hogan, John & Zale, Joseph, 2016, § 11). Además, de acuerdo con los principios fundamentales de la economía, es lógico que los precios de un mismo bien o servicio sean similares, precisamente porque los productores quieren competir con los precios de sus competidores.

El uso del tracking de precios, como ya se mencionó, tiene como consecuencia que los precios de un bien o servicio sean similares. De acuerdo con el doctrinante español Helmut Brokelmann (2009, p. 94), es común que haya un seguimiento de los precios de los competidores, lo que representa una conducta autónoma y una adaptación racional al comportamiento de otros agentes del mercado que implica un comportamiento competitivo. Lo anterior se puede observar principalmente en un mercado oligopólico, en el cual hay pocos competidores que ofrecen un producto igual o similar. En esta forma de mercado, lo que hace un competidor influye de manera significativa en los beneficios de los otros, por lo que los competidores se vuelven interdependientes. Un ejemplo de esto se observa en el mercado del petróleo, en el cual hay pocos competidores que ofrecen un bien idéntico y, por tanto, el precio tiende a ser próximo (Restrepo, Nicolás, 2012, p. 206).

Como ya se ha mencionado anteriormente, según la SIC, el paralelismo consciente consiste en un comportamiento coincidente en un mismo periodo de tiempo entre dos o más empresas, el cual se da conscientemente. Esto significa que para que se configure el paralelismo consciente se requiere que exista una consciencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y se tome la decisión de seguirlas. Esta situación es considerada como práctica anticompetitiva.

Como puede observarse, si se parte de la definición que le ha dado la SIC al paralelismo consciente, se estaría en riesgo de que el tracking de precios dé lugar a una conducta restrictiva de la competencia, cuando realmente es una herramienta que las empresas utilizan para competir en

el mercado. Es decir, de acuerdo con la definición de paralelismo consciente y con la línea decisoria de la SIC que se expuso anteriormente, pareciera que el tracking de precios, práctica común en todo el mundo y que además legal en Colombia, es incompatible con la libre y sana competencia. Esta problemática se analizará a continuación.

Los Estados alrededor del mundo han intentado evitar las prácticas que interfieren con la competencia de precios, aunque en muchas ocasiones esto tenga como consecuencia una legislación que entre en conflicto con prácticas comunes que en esencia son competitivas. De esta manera, las estrategias de precios que siguen la mayoría de las empresas se ven afectadas por el ordenamiento jurídico, por lo que muchas reaccionan haciendo caso omiso a ésta y corriendo el riesgo de ser sancionadas o, por el contrario, reaccionan adoptando una posición extremadamente conservadora, perdiendo así su posicionamiento en el mercado (Marn, Michael V., Roegner, Eric V. & Zawada, Craig C., 2004, p. 177). De esta forma, las empresas podrían tener desincentivos para monitorear el mercado, lo que podría redundar en menores beneficios para los consumidores, pues ajustar a la baja los precios también podría dar lugar al paralelismo, toda vez que si se exige paralelismo y consciencia cuando los precios suben, debería aplicar lo mismo para cuando los precios bajan.

En consecuencia de todo lo anterior, existen ciertas situaciones en las que, a pesar de no estar incurriendo en una conducta ilegales, hay una alta posibilidad de estar sometido al riesgo de que se le atribuya una práctica anticompetitiva, lo que limita la flexibilidad en la determinación de los precios y en las actuaciones en general de las empresas. Estas situaciones incluyen las siguientes: posición dominante, gran visibilidad y cambios sustanciales de la empresa (Marn et al, 2004, p.179-180).

Es importante resaltar que el simple hecho de imitar el comportamiento frente a los precios de un competidor no constituye una práctica anticompetitiva en Estados Unidos y Europa, donde es conocido esto como paralelismo consciente, debido a que no se puede obligar a una empresa a ignorar el comportamiento de sus competidores, ya que sería obligarlos a actuar en contra de la lógica comercial. Si se exigiera ignorar las acciones de los competidores, se estarían limitando los beneficios de los consumidores, pues podría dar lugar a que se evite reducir precios por temor a ser sancionado por paralelismo consciente. Además, lo anterior conllevaría a que se sancionen comportamientos económicamente racionales, poniendo en riesgo la competencia, pues esto podría significar que aquellos competidores que no ajusten sus precios observando la dinámica del mercado, sufran un desplazamiento de su demanda y, en consecuencia, su negocio se convierta en insostenible. Adicionalmente se ha dicho que, en Estados Unidos y Europa, se ha entendido que tener precios similares a los de los competidores no constituye una práctica restrictiva de la competencia, ya que esta es una práctica que se asemeja al tracking de precios, lo cual es una conducta legal y señal de una competencia sana (Marn et al, 2004, p. 185).

Según Michael V. Marn, Eric V. Roegner y Craig C. Zawada, del análisis en múltiples casos en Estados Unidos, se puede inferir que las cortes entienden que hay una ilegal fijación de precios cuando la práctica paralela está acompañada de alguna de las siguientes situaciones: (i) tal conducta va en contravía del interés individual de la empresa en caso de actuar de manera independiente; (ii) la conducta es precedida por una oportunidad para coludir, como por ejemplo la comunicación directa entre las partes; y (iii) que las acciones no puedan ser justificadas por razones de negocio. (2004. P. 255).

Del análisis de las decisiones de la SIC se desprende que ésta ha considerado el tracking de precios como un indicio de la existencia de paralelismo consciente, argumentando que este es el

mecanismo que utilizan los agentes del mercado para monitorear el cumplimiento de un acuerdo sobre precios. La anterior posición de la SIC resulta gravosa para las empresas, toda vez que se le está dando una connotación de ilegal a una herramienta que no está prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano y que, como se mencionó anteriormente, es un instrumento necesario para el funcionamiento en el mercado, y por tanto deseable para la competencia. Por tanto, resulta preocupante que se impongan sanciones tan cuantiosas, como las que impone la SIC, basadas en simples presunciones.

De este capítulo se concluye que el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio haya sancionado a múltiples empresas en razón de un comportamiento coincidente respecto al precio en determinados periodos de tiempo¹⁸, y haya tomado el tracking de precios como indicio de una conducta anticompetitiva, como ya se ha observado a lo largo del presente escrito, pone en riesgo al gran número de empresas que realizan monitoreo de los precios de sus consumidores; ya que podría considerarse entonces que estarían incurriendo en una práctica restrictiva de la competencia, cuando realmente están realizando una conducta que es común en todo el mundo y que no está prohibida, pues lo que busca realmente es darle herramientas a las empresas para competir de manera libre.

¹⁸ Resolución 27762 de 1999: Caso Derilac S.a. y Cooperativa Lechera Colanta Ltda.
Resolución 51694 de 2008: Caso Cementos Argos, Holcim, Cemex y Cementos Andino.
Resolución 29302 de 2000: Caso Andevip
Resolución 81391 de 2017: Caso Cementos Argos, Cemex Colombia, Holcim Colombia, Cementos Tequendama y Cementos San Marcos.

CONCLUSIONES

Como se pudo observar, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, han señalado como elementos constitutivos del paralelismo consciente la conducta coincidente en un periodo de tiempo y la consciencia de tal conducta. Sin embargo, no es suficientemente claro qué es lo que entiende la SIC como elemento consciente y, por tanto, tampoco es claro cómo se encuentra probado dicho elemento en los diferentes casos. Lo anterior ha tenido como consecuencia que la SIC en algunas ocasiones sancione los efectos anticompetitivos sin que haya logrado probar la intencionalidad, lo que representa una posición mucho más estricta y radical que la de otros países.

Adicionalmente, como ya se expuso, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 consagra una prohibición general que le permitiría a la SIC sancionar conductas que no están tipificadas como conductas anticompetitivas, lo que genera una inseguridad jurídica para las empresas, puesto que la norma permite amplias interpretaciones por parte de la SIC y las cortes. Lo anterior, tiene como consecuencia que en diversas ocasiones se sancionen conductas que en principio son consideradas competitivas y que son usuales en la cotidianidad de las empresas.

Es importante resaltar que, a pesar de que la regulación en materia de competencia en Colombia tiene como origen la regulación estadounidense y europea, se han desnaturalizado de cierta forma algunas figuras e instituciones. Un ejemplo de esto es el hecho de que tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea no se considere el paralelismo consciente como una práctica restrictiva de la competencia en sí misma. Esto puede llevar a sostener que sería conveniente realizar una revisión del catálogo de conductas consideradas por la SIC como anticompetitivas actualmente y, eliminar aquellas que son aceptadas en otras jurisdicciones, o por lo menos, determinando la necesidad de la intencionalidad al momento de cometer la conducta. Lo anterior, teniendo en

cuenta que actualmente es cada vez más usual que las empresas compitan en el mercado internacional, gracias a la globalización, lo que genera la necesidad de que la normatividad en materia de competencia sea cada vez más uniforme.

La Superintendencia de Industria y Comercio, al tener pocos recursos para investigar, no logra obtener pruebas suficientes para demostrar la existencia de los acuerdos entre las empresas. Esta situación hace que la SIC tome sus decisiones basándose en indicios que deben desvirtuar las empresas investigadas, generando así un desequilibrio en la carga de la prueba, lo cual no es permitido en países como Estados Unidos. Además, las sanciones que imponga la autoridad en materia de competencia deben estar basadas en un acervo probatorio suficiente y, dicha sanción debe tener como objetivo desincentivar la vulneración de las normas de competencia.

Dada la aplicación de la normatividad en materia de competencia en Colombia y la dificultad probatoria, una decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio puede generar incertidumbre jurídica para las empresas, quienes desarrollan sus actividades con intranquilidad debido a que no conocen con claridad qué conductas pueden llegar a ser tomadas como indicios de una práctica anticompetitiva, lo que los obliga muchas veces a tomar una posición extremadamente conservadora a la hora de actuar o incluso los lleva a actuar de manera contraria a la lógica comercial, para evitar la asunción de riesgos o la persecución legal. Por tanto, es necesario encontrar la forma de garantizar que las interpretaciones excesivamente conservadoras o incorrectas de las normas en materia de competencia que realiza la SIC, no restrinjan indebidamente las decisiones de gestión de las empresas.

Por otra parte, como ya se estableció anteriormente, el tracking de precios es una práctica permitida y necesaria para competir en un mercado, puesto que los agentes económicos no pueden actuar a ciegas, y mucho menos se les puede obligar a ignorar las actuaciones de sus competidores

y a no reaccionar frente a ellas, pues esto sería obligarlos a actuar en contra de la racionalidad económica y en contra de la esencia de la competencia y del mercado. El conocimiento del mercado es entonces un deber y una necesidad para todo participante de un mercado competitivo, ya que es lo que le permite construir su propia estrategia competitiva y tomar decisiones racionales y oportunas y, por tanto, en ningún caso debería considerarse como una conducta reprochable. Una empresa necesita tomar decisiones competitivas que aprovechen sus ventajas y minimicen su vulnerabilidad.

Es relativamente fácil para aquellos afectados por una decisión sobre los precios manifestar su inconformidad al respecto y tomar las acciones legales respectivas mientras que, las empresas, una vez iniciada una investigación, tendrán una alta probabilidad de ser sancionadas al final del proceso.

Por último, si bien la Constitución Política le impone al Estado la obligación de intervenir en la economía, esta intervención no puede ir en contra de la libertad de empresa, sino que debe procurar un equilibrio entre las libertades individuales y el interés general. La intervención del Estado podría considerarse ilegítima cuando sea incompatible con los principios del modelo de la economía social de mercado que aplica en Colombia.

REFERENCIAS

DOCTRINA

- Almonacid Sierra, Juan Jorge & García Lozada, Nelson Gerardo (1998). Derecho de la Competencia. Legis, Bogotá.
- Bardey, David; Becerra, Alejandro; Cabrera; Pilar (2013). Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia. Recuperado de http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/155/CDF_No_44_Mayo_2013.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Botero Cedeño, E.A. (2016). Reflexión sobre el concepto de racionalidad económica y la noción del Homo oeconomicus. En Bases conceptuales para un análisis crítico del discurso administrativo y económico (pg 19-53). Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia.
- Brokelmann, Helmut (2009). Prácticas concertadas y paralelas. Recuperado de https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05_Practicas_concertadas_concientemente_paralelas-Brokelmann.pdf
- Coloma, Germán (2000) Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/4806392_Practicas_horizontales_concertadas_y_defensa_de_la_competencia
- Correa Henao, Magdalena. (2009). Libertad de empresa en el Estado social de Derecho.
- Delegatura para la Protección de la Competencia (2017). Informe motivado Caso Cemento. Recuperado de

http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/informes-motivados/INFORME-MOTIVADO-VERSION-PUBLICA-CEMENTOS.pdf

- Hayek Friedrich (1998). Los fundamentos de la libertad.
- Llinares Millán, María Carmen; Montañana i Aviñó y Navarro Astor, Elena (2001). Economía y organización de empresas constructoras. Universidad Politécnica de Valencia.
- Mankiw, Gregory (2002). Principios de Economía. McGraw Hill Interamericana de España, S.A. U.
- Marn, Michael V., Roegner, Eric V. & Zawada, Craig C. (2004). The Price Advantage. Jhon Wiley & Sons, Inc.
- Miller, Roger & Meiners, Roger (1994). Microeconomía. McGrawHill, Barcelona.
- Miranda, A. & Gutiérrez, J.D. (2006). *Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia*. (2do Vol.). Bogotá, Colombia.: Revista de Derecho de la Competencia CEDEC VI. Pontificia Universidad Javeriana.
- Miranda, Alfonso (2011). El derecho de la competencia en la constitución de 1991. Centro de Estudios del Derecho de la Competencia.
- Miranda Londoño, Alfonso & Beltrán Castiblanco, Daniel (2015). El mero paralelismo de precios no equivale a un cartel. Centro de Estudios del Derecho de la Competencia.
- Miranda Londoño, Alfonso (1989). El Derecho de la Competencia en Colombia. Revista de Derecho Económico. Ediciones Librería El Profesional.
- Miranda Londoño, Alfonso (2017). La regla de la Razón y la regla Per Se en el Derecho Colombiano. Centro de Estudios del Derecho de la Competencia.

- Montoya, Juan David. (2013). Sistema económico. Recuperado de <https://www.actividadeseconomicas.org/2013/04/sistema-economico.html>
- Nagle, Thomas; Hogan, John & Zale, Joseph (2016). *The Strategy and Tactics of Pricing. A Guide to Growing More Profitably*. Routledge.
- Obando Muñoz, Erwin Ricardo (2005). Tipos de monopolio. Recuperado de http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/Inversion%20y%20Competencia/tipos_de_monopolio_ricardo_obando.pdf
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos & Banco Interamericano de Desarrollo (2009). *Derecho y Política de la Competencia en Colombia*.
- Ortiz, Ingrid & Solano, Diego (2016). *Análisis Comparativo de los Sistemas de Aplicación Privada y Pública de las Normas de la Libre Competencia en los Países Integrantes de la Comunidad Andina*. Vniversitas, Bogotá.
- Oteyza, Elena (2005). *Geometría Analítica*. Pearson Educación.
- Pascual Pons, Carlos (2008). *Las prácticas facilitadoras de resultados anticompetitivos, Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*.
- Polo, Miguel Efrain y Karam, Salim (2002). *Teoría del modelo social en el derecho de la competencia*. Universidad Javeriana.
- Restrepo Abad, Nicolás (2012). *El precio: clave de la rentabilidad*. Editorial Planeta Colombiana S.A.
- Rios Cardona, Andrea (2015). *Acuerdos horizontales de precios: una aproximación al paralelismo consciente y su aplicación en Colombia*.
- Rubio Escobar, Jairo (2004). *Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio*. Superintendencia de Industria y Comercio.

- Sabine, George (1992). Historia de la teoría política. Fondo de Cultura Económica, Bogotá.
- Spencer, M.H. (1975). Economía contemporánea. Reverté, Barcelona.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2018). Prácticas Restrictivas de la Competencia. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>
- Superintendencia de Industria y Comercio. ¿Qué es la protección de la competencia? Recuperado de <http://www.sic.gov.co/que-es-la-proteccion-de-la-competencia>
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 71794 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 33970 de 2010.
- Stanbury, W.T. y Reschenthaler, G.B. (1977). Oligopoly and Conscious Parallelism: Theory, Policy and the Canadian Cases. Osgoode Hall Law Journal. Recuperado de <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2112&context=ohlj>
- Stiglitz, J.E. & Wash, C.E. (2009). *Microeconomía*. (4ª Ed.). Barcelona, España.: Editorial Ariel, S.A.
- Tarziján, Jorge (2006). Organización industrial para la estrategia empresarial. Editorial Pearson.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2012.
- Vaska, Michael K. (1985). Conscious Parallelism and price fixing: defining the boundary. Recuperado de <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4411&context=uclev>

JURISPRUDENCIA

- Constitución Política de Colombia (1991).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre (2014). M.P. María Elizabeth García González.
- Consejo de Estado. Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de Agosto (2014). M.P. Dra. María Elizabeth García González.
- Consejo de Estado. Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de Noviembre (2014). M.P. Dra. María Elizabeth García González.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 228 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: marzo de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: abril de 2011).
- Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, Sentencia C-074 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 69518 de 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 49141 de 2013.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 01061192 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27762 de 1999.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 71794 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 51694 de 2008.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29302 de 2000.

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 81391 de 2017.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1635 de 1999.