

Radicación: 18-325410 – Caso “HOSPITAL MILITAR”

Resolución No. 55443 del 11 de septiembre de 2020. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – propósitos de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

La libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

[L]a libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, protege a los empresarios, generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos y prestarán más y mejores servicios, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

[L]a libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

[L]a libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

(...)

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigados, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos –ubicados en otros eslabones-, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción”.

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio, incluido el Estado, cuando adelanta procesos de contratación para adquirir bienes y servicios que satisfagan sus necesidades.

Resolución No. 55443 del 11 de septiembre de 2020. Recurso de reposición**ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Colusión en procesos de contratación pública.**

[E]s función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

En este sentido, para que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones públicas), se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma jurídica que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de “acuerdo” contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”.

[L]o que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (bid rigging o collusive tendering en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

[L]a colusión en la contratación estatal puede producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Por lo anterior, este tipo de conductas son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas.

[C]ualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de acuerdos restrictivos de la competencia previsto en el artículo 410-A del Código Penal.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Relaciones preexistentes entre los competidores

[R]esulta pertinente reiterar lo ratificado por la jurisprudencia administrativa al señalar que en efecto un acuerdo restrictivo de la competencia no puede probarse solo teniendo en cuenta la relación personal y comercial entre quienes son sancionados, debiéndose contar con otros elementos fácticos y probatorios, tal y como fue el caso de la Resolución Sancionatoria. (...).

De este modo, en la Resolución Sancionatoria se indicó expresamente que “la relación de contexto entre ellos no constituye prueba de la existencia de la conducta objeto de la presente investigación. Esa relación simplemente constituye una información relevante para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva aquí investigada” (Subraya y negrita fuera de texto).

Igualmente, en relación con las relaciones preexistentes, se indicó que:

“Ahora bien, este Despacho insiste, como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que las relaciones preexistentes entre los oferentes en un proceso de selección sean estas personales o profesionales, no son censurables por sí mismas. De tal suerte, no debe entenderse bajo ningún punto de vista que esta Entidad se encuentra censurando por sí misma la preexistencia de relaciones personales y comerciales.

*Sin embargo, sí debe mencionarse que, tal y como lo han reconocido entidades internacionales como la **OCDE**, los contactos previos entre competidores, acompañados de otras señales de alerta extrañas e irregulares, tales*

Resolución No. 55443 del 11 de septiembre de 2020. Recurso de reposición

como tener el mismo contador, asegurador, pólizas expedidas consecutivamente, etc., pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión”.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA — Análisis indiciario en casos de colusión en procesos de contratación pública

[E]s importante reiterar que, como se ha entendido en el ámbito local e internacional, para determinar la existencia de acuerdos restrictivos de la libre competencia, en los términos del Decreto 2153 de 1992, **no** es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas. Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia con pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

[P]recisamente en los casos de colusión en licitaciones públicas, la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes.

[S]egún la **OCDE**, cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

[E]sta Superintendencia se ha referido en diferentes ocasiones al respecto, afirmando que:

“(…) en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregulares en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta. Tan es cierto lo anterior que la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado guías para combatir la colusión en licitaciones, en las cuales establece los indicios que llevan a demostrar la existencia de este tipo de conductas anticompetitivas.

Más aún, (…), internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en que conste el contrato o el cartel, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o la administración pueden concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal”.

En virtud de lo anterior, no es posible desestimar de manera alguna la utilidad, y en especial la necesidad, de la prueba indiciaria en procesos en los que busca establecerse la existencia de acuerdos violatorios del régimen de libre competencia.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Intención de los participantes en el acuerdo colusorio - Efectos anticompetitivos de la conducta

[E]s menester reiterar que la presente actuación administrativa se adelantó por parte de esta Superintendencia debido a la existencia de la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, acuerdos que tengan por su **objeto** la colusión en licitaciones públicas.

En virtud de lo anterior, se considera pertinente reiterar lo manifestado en la Resolución No. 3150 de 2019 respecto a este tipo de conductas:

“Al respecto, el Despacho encuentra pertinente recordar que el régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales.

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

Así, en Resolución 103652 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó lo siguiente:

“Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan **por**

Resolución No. 55443 del 11 de septiembre de 2020. Recurso de reposición

objeto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización y, por la otra, aquellos acuerdos que tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización” (resaltado y subrayado fuera del texto original)

“Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de una conducta anticompetitiva **por objeto**, y que ella tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla **por objeto**” (Subraya y negrilla fuera de texto)

De lo anterior puede concluirse que al tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.

(...)

Así, queda en evidencia que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

De igual forma, es preciso anotar en este punto que, el hecho de que este tipo de conductas sean reprochables “por objeto”, quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual no es cierto que la Autoridad deba entrar a verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

Lo anterior también tiene sustento en la doctrina internacional especializada, la cual ha reconocido que si una conducta tiene, por su objeto, la potencialidad, idoneidad y capacidad de afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta.

De igual forma, en el ámbito local, esta Entidad ha establecido en varias ocasiones que sobre las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no es necesario entrar a analizar sus efectos. Así, en la Resolución No. 103652 de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

“Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que **“Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado”**.

(...).”

[E]n Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica, y en especial lo relacionado con los acuerdos restrictivos de la competencia, está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención (dolo o culpa) de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Igualmente, este Despacho mantiene su posición respecto a que no es necesario entrar a analizar los efectos de la conducta en el mercado, toda vez que la presente actuación administrativa se adelantó por parte de esta Superintendencia debido a la existencia de la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, acuerdos que tengan por su objeto la colusión en licitaciones públicas.