

Radicación: 12-219725 – Caso “PATIOS”

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Propósitos de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio – Investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia

El artículo 333 de la Constitución Política establece que la libre competencia económica es un derecho de carácter colectivo que implica responsabilidades. Este artículo es la base sobre el que se edifica el régimen de la libre competencia económica, el cual debe ser respetado por toda persona que ejerza una actividad económica en Colombia. Así, este régimen se instituye como la herramienta a través de la cual el Estado, facultado para intervenir en cada uno de los diferentes mercados a través de la Autoridad nacional de competencia, garantiza el modelo económico adoptado por el constituyente de 1991, el cual fue el de economía social de mercado.

Teniendo en cuenta este modelo, a través de la intervención del Estado en los mercados se busca cumplir con tres propósitos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica (Ley 1340 de 2009). Para cumplir estos fines el Estado garantiza la libre competencia económica a través de la Autoridad nacional de competencia que es la Superintendencia de Industria y Comercio, Entidad facultada para adelantar investigaciones por prácticas restrictivas de la libre competencia en ejercicio de la facultad de policía administrativa; facultad que se concreta en las funciones de inspección, vigilancia y control. Estas funciones son ejercidas por esta Superintendencia sobre las personas jurídicas y naturales que desarrollan una actividad económica o que sean vinculadas a quienes la desarrollan en territorio colombiano. Estas funciones son cumplidas en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios que se adelantan siguiendo lo establecido en las leyes especiales de competencia, el CPACA y la Ley 1564 de 2012 (en adelante “Código General del Proceso” o “CGP”).

[D]e encontrar que pudo haber existido una vulneración al régimen de la libre competencia económica, la Superintendencia de Industria y Comercio adelanta la respectiva investigación administrativa y, de considerar que en efecto se configuró dicha violación, puede imponer las sanciones establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación del Estado

el Despacho hará un análisis de la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 el cual llevará a la indubitable conclusión de que las pruebas obrantes en el Expediente permiten afirmar que los agentes de mercado incurrieron en ese tipo de acuerdo.

El numeral 9 del artículo 47 del referido Decreto señala:

“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.

Lo primero que debe advertirse es que la conducta consiste en un acuerdo, pacto o convenio entre dos o más partes, a través del cual busca alterarse el resultado de un proceso de selección (cualquier modalidad) adelantado por una entidad estatal. Pueden existir acuerdos colusorios por objeto o por efecto. En este sentido esta Superintendencia ha referido que:

“Para que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, 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”.

Así las cosas, lo 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

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

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.

(...)

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”.

[L]os recurrentes confunden los elementos de la conducta anticompetitiva establecidos en el citado artículo con los indicios o alertas que sirven como indicadores a la Autoridad de competencia frente a la posible existencia de una conducta colusoria. Frente a estas alertas la Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que:

“En línea con lo expresado por la **OCDE**, esta Superintendencia ha identificado una serie de señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria:

- Cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.
- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.
- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.
- Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.
- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

Así mismo, esta Superintendencia ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación:

- Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.
- Supresión de ofertas o no presentación de las mismas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

- *Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.*
- *Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc”.*

Las anteriores son algunas de las señales que permiten a la Autoridad de competencia demostrar la posible existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia al interior de un proceso adelantado por una entidad pública, sin embargo, puede haber más. Es decir, no es una lista taxativa como tampoco son elementos propios de la conducta que deban estar probados en cada caso en particular.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria – Análisis y valoración en conjunto de las pruebas – Prueba Indiciaria

Conforme lo disponen los artículos 240 a 242 del CGP para que un hecho pueda considerarse como indicio debe estar debidamente probado en el proceso. Adicionalmente, estos deben ser valorados en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia.

En este sentido, los indicios como medio de prueba válido dentro del ordenamiento jurídico colombiano (Artículo 165 CGP) sirven para acreditar circunstancias y probar hechos.

[E]l hecho indicador –que debe estar probado– debe estar sucedido por una inferencia lógica que se desprenda de una hipótesis y es el hecho indicado o la conclusión el medio que finalmente se va a valorar en conjunto con las demás pruebas o elementos.

Frente a un reciente caso fallado por el Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho del caso “Cementos”, a través del cual se buscó la nulidad de las Resoluciones No. 51694 de 2008 y 0091 de 2010 proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio dicha corporación fue enfática en manifestar que no resulta fácil para la Autoridad de competencia el demostrar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia a través de pruebas directas, por tal motivo esta se ve obligada a demostrar la existencia de estos a través de prueba indirecta o indiciaria. Pese a que en esta ocasión el caso objeto de estudio versó sobre una conducta conscientemente paralela, el análisis realizado por la sala es aplicable al caso que nos ocupa por cuanto se configura como un acuerdo restrictivo de la libre competencia.

[C]uando la Autoridad de competencia encuentra que pudo haberse presentado algún tipo de práctica restrictiva de la libre competencia, la conducta puede ser probada a través de la valoración conjunta de los elementos probatorios obrantes en el Expediente. Esto teniendo en cuenta la importancia que tienen los indicios como medio probatorio y su vasta variedad. Más aún, resulta lógico que cuando los proponentes se coluden dentro de un proceso de selección lo hacen intentando dejar la menor cantidad de pruebas posible. En tal sentido puede afirmarse que:

“Dado que las firmas que se coluden son entidades altamente sofisticadas, rara vez es posible aportar prueba directa de los acuerdos o prácticas concertadas. En los casos clásicos de colusión [hay] un complejo conjunto de indicios que el sentenciador debe sopesar (...)”.

[L]as pruebas de un acuerdo colusorio se pueden dividir en pruebas directas o indirectas, siendo estas últimas “aquella[s] con la[s] que se llega a la conclusión del hecho colusivo mediante inferencias. La prueba indirecta coincide así, en términos generales, con nuestra prueba de presunciones o indiciaria”.

[L]os indicios son medios de prueba considerados pruebas indirectas, los cuales, según ha establecido el Consejo de Estado pueden llegar a ser los medios idóneos a través de los cuales la Autoridad de competencia pruebe la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Esto por cuanto los proponentes que se coluden son altamente sofisticados y por regla general no dejan prueba directa del acuerdo. En tal sentido, el juzgador a través de la sana crítica es el encargado de valorar los indicios y demás pruebas en conjunto para determinar la existencia o no de un acuerdo restrictivo de la libre competencia.

[E]n el derecho de la competencia se ha establecido que los indicios son medios de prueba válidos, indirectos, a través de los cuales la Autoridad puede probar la existencia de un acuerdo colusorio. En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado que en la medida en que las personas que celebran acuerdos anticompetitivos son altamente sofisticadas por lo general no dejan prueba alguna del convenio, motivo por el cual es posible recurrir a los indicios, siempre y cuando reúnan los elementos de (i) hecho indicador, (ii) inferencia lógica y (iii) la conclusión –hecho nuevo. Además, cada indicio debe ser valorado de manera íntegra y en conjunto con los demás medios de prueba que integren el acervo probatorio del proceso.

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA** – Motivación de las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la libre competencia económica

[U]no de los requisitos de los actos administrativos es la motivación de los mismos. Si la motivación de un acto administrativo no es congruente con la decisión adoptada por la administración este deviene en nulo por la causal denominada falsa motivación. En este sentido, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que la falsa motivación de un acto administrativo se configura en el supuesto en que la administración pública desconozca las circunstancias de hecho o de derecho en que debía fundarse o cuando las razones fácticas o jurídicas en que se sustenta la decisión no se encuentran acordes con la realidad.

De acuerdo con el Consejo de Estado los motivos por los cuales la administración expide un acto administrativo deben ser ciertos, pertinentes y tener el suficiente peso para soportar la decisión que a través del mismo se toma. Así, la falsa motivación tiene que ver con la realidad fáctica y jurídica del acto y tiene que ver de manera directa con un problema probatorio relacionado con lo establecido en el acto y la realidad fáctica del contenido del mismo.

Por su parte la doctrina, también ha referido que:

“[L]a administración tiene el deber de motivar, de manera cierta y transparente, el fundamento fáctico y jurídico de sus decisiones. Por consiguiente, cuando el contenido del acto administrativo desnaturaliza los hechos por cuanto no son probados ni desmentidos, o cuando el acto se basa en un hecho inexistente, es decir, cuando el acto se motiva desconociendo las circunstancias de hecho o de derecho en que debía fundarse, o cuando las razones fácticas o jurídicas en que se sustenta la decisión son contrarias a la realidad o la falsean; por ello, siendo la motivación un elemento esencial del acto administrativo, su expedición debe basarse en supuestos ciertos y verdaderos, pero no ficticios, indebidos o caprichosos, para negar o vulnerar derechos subjetivos (...) Por lo tanto, habrá falsa motivación cuando los motivos aducidos en el acto son aparentes o inexistentes, es decir, no reales y, por ello, no se justifica la decisión adoptada”.

[L]a falsa motivación de un acto administrativo se configura en el supuesto en que la administración desconozca las circunstancias de hecho o de derecho en que debía fundarse o cuando las razones fácticas o jurídicas en que se sustenta la decisión no se encuentran acordes con la realidad.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Debido proceso administrativo

El debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece de manera expresa que aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas adelantadas por los distintos órganos del Estado. Este artículo fue desarrollado por el artículo 3 del CPACA que establece como uno de los principios aplicables a las actuaciones administrativas el del debido proceso. El referido artículo dispone que:

“En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha referido que el debido proceso al interior de las actuaciones adelantadas por entidades administrativas debe entenderse como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

[E]l debido proceso es un derecho que irradia las actuaciones administrativas, consistente en garantizar la aplicación de normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley velando por el estricto cumplimiento de los derechos de los administrados de representación, defensa, contradicción, presunción de inocencia, no reformatio in pejus y non bis in ídem. La materialización de este derecho al interior de una actuación administrativa asegura el ordenado funcionamiento de la administración, la validez de sus actuaciones y protege el derecho a la seguridad jurídica y defensa de los administrados.

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

[L]as actuaciones de esta Superintendencia, en su condición de Autoridad nacional de competencia se encuentran regladas por lo dispuesto en la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2011, CPACA y CGP, lógicamente en concordancia con lo establecido en la Constitución Política de Colombia.

Así, conforme lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-032 de 2017,

“El “régimen general de protección de la competencia”, tiene como todos los de su especie, tres escenarios fundamentales de despliegue, como son: el de la determinación de las conductas que se prohíben o censuran; el de los procedimientos aplicables cuando haya lugar a investigaciones; y el de las sanciones que daban ser impuestas en caso de haberse probado las infracciones”.

[E]stos tres escenarios se ven reflejados en el procedimiento administrativo sancionatorio tendiente a velar por el estricto cumplimiento del régimen de la libre competencia económica de la siguiente manera.

Tabla No. 3: Regulación del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Escenario	Norma aplicable
Determinación de las conductas que se prohíben o censuran	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 155 de 1959 (Artículo 1) • Decreto 2153 de 1992: <ul style="list-style-type: none"> ○ Artículo 47 ○ Artículo 48 ○ Artículo 50
Procedimientos aplicables a las investigaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 2153 de 1992 (Artículo 52 modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012) • Decreto 4886 de 2011 (Artículo 1) • Ley 1437 de 2011 (en lo no regulado en leyes especiales) • Ley 1564 de 2012 (en lo no regulado en ley especial ni en el CPACA)
Sanciones a imponer en caso de probarse la infracción	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 2153 de 1992 <ul style="list-style-type: none"> ○ Numeral 15 del artículo 4, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 ○ Numeral 16 del artículo 4 del, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009

Fuente: Normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Debido proceso administrativo – Principio de favorabilidad

el referido principio tiene que ver con la aplicación de las leyes en el tiempo, constituyéndose como una excepción al principio general de aplicación inmediata de la ley. Así, las normas aplicables a una situación concreta son las vigentes al momento de la comisión de la conducta que se busca sancionar –normas sustanciales- y las normas procesales

“se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme”.

El principio de favorabilidad rompe ese principio de aplicación inmediata generando que el operador jurídico, con el fin de beneficiar a la parte sancionada, aplique normas que ya han sido derogadas o normas que no se encontraban vigentes al momento de comisión de la conducta.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Debido proceso administrativo – Presunción de inocencia

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la presunción de inocencia se traduce en que:

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

“[C]ualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad”.

Tiene tres características esenciales:

“(i) se trata de un derecho fundamental, (ii) es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas”.

Bajo este entendido es un derecho que debe ser observado por la administración, que debe garantizarse hasta que no haya una decisión definitiva frente a determinado caso y que tiene el rango de derecho fundamental.

En desarrollo de lo anterior,

“[I]a presunción de inocencia rige, sin excepciones, en el ordenamiento administrativo sancionador, pues el jus puniendi está condicionado a las resultas del procedimiento contradictorio ya que es allí justamente, en donde tiene cabida las pruebas inculcatorias. De donde el derecho a no sufrir sanción alguna no pierde vigencia por la sola circunstancia de que se esté adelantando el procedimiento respectivo, por cuanto únicamente al momento que éste culmine con la decisión de fondo sobre la responsabilidad de su autor, la presunción queda esfumada; de lo contrario, lo que antes era una verdad interina se torna en una verdad definitiva”.

Por ende, únicamente pierde vigencia cuando la administración expide la decisión de fondo sobre la responsabilidad de los investigados en la comisión de una conducta contraria a derecho.

[A] lo largo de la actuación administrativa tanto la Delegatura para la Protección de la Competencia como este Despacho respetaron la presunción de inocencia. Únicamente se estableció que los investigados eran responsables por haber violado el régimen de la libre competencia en la Resolución Sancionatoria.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Debido proceso administrativo – Derechos de defensa y contradicción – Etapa de averiguación preliminar

Según lo establecido por la Corte Constitucional el derecho de defensa tiene dos dimensiones: el derecho a la contradicción y el derecho a la defensa técnica. El derecho a la contradicción “implica la potestad de presentar pruebas, solicitarlas, “participar efectivamente en [su] producción” y en “exponer los argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba”. Es decir, las partes dentro de un proceso tienen la posibilidad de presentar pruebas, solicitarlas, participar del debate probatorio contravirtiendo o discutiendo las pruebas con argumentos –tanto formales como de fondo–, exponiendo sus razones o argumentos para demostrar situaciones concretas.

Esto implica la posibilidad que tienen las partes de “[r]ebatir los argumentos que desfavorecen al encartado y discrepar de las razones que en su contra obran, son facetas relevantes del derecho de contradicción que, como postulado medular se incorpora a lo largo del área sancionatoria”.

Por su parte, la otra dimensión del derecho, esto es la defensa técnica,

“se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”.

[D]entro de este derecho está lo relacionado con las garantías de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación.

[E]n el marco de la averiguación preliminar al no haber una investigación formal no se encuentra presente el derecho de defensa en ninguna de sus dimensiones. Una vez, se abre investigación –esto con la Resolución de Apertura– el derecho de defensa, en sus dos dimensiones, se materializa.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Control competitivo

*[V]ale la pena recordar lo que el concepto de control en el derecho de la competencia significa, siendo manifiestamente diferente al concepto de control que en materia societaria se maneja, regulado este último en la Ley 222 de 1995 y cuya situación únicamente puede ser declarada por la **SUPERINTENDENCIA DE***

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

SOCIEDADES. En otras palabras, la situación de control en materia societaria y en competencia son manifiestamente distintas.

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 que establece las definiciones de algunos conceptos del derecho de la competencia define control como:

“La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”.

De esta forma, el control que en materia de competencia puede ejercer una persona o agente del mercado sobre otra está relacionado con la facultad de tener injerencia en la política empresarial de una sociedad, el objeto social de la misma o el manejo y disposición de los bienes o derechos para el desarrollo del objeto social de la empresa.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria – Colusión en procesos de contratación pública – Conductas de carácter continuado o de tracto sucesivo

El Consejo de Estado ha sido claro en señalar que “las infracciones continuadas, suponen pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable”. Es decir, si bien en una conducta continuada las acciones u omisiones adelantadas por los actores de las mismas son separables e individualizables lo cierto es que se hacen con un propósito común, bajo la misma intención y comparten exactamente los mismos elementos.

En reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, referido ya en el numeral 4.3.2. del presente acto, referido al caso “Cementos”, el alto tribunal reafirmó lo establecido en sentencia del 21 de junio de 2018:

“Siendo la conducta continuada por parte de los demandantes, para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empezó a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico”.

[E]l término de caducidad de la facultad sancionatoria comenzó a contar desde el último acto de ejecución del acuerdo restrictivo de la libre competencia, esto es el 30 de diciembre de 2013, fecha en la cual fue cedido por **PONCE DE LEÓN** el contrato No. 075 de 2007 a la **UNIÓN TEMPORAL COLOMBO ARGENTINA –SEGRUP–SERVICIOS DE GRÚAS Y PATIOS BOGOTÁ**. Lo anterior, por cuanto el desarrollo del acuerdo anticompetitivo comprende la adjudicación del contrato y su posterior ejecución en cabeza de **PONCE DE LEÓN**.

[E]l acuerdo colusorio investigado en esta ocasión tuvo dos etapas. En la primera de ellas se celebró el acuerdo anticompetitivo, esto dentro del marco del proceso de selección **SDM-LP-008-2007**, dentro del cual se presentaron ciertos indicios relacionados con el cambio de comportamiento competitivo de la **UT MOVILIDAD URBANA**. Fue entonces en esta etapa, en la que se concertaron las condiciones mismas del acuerdo y se estableció una segunda etapa en la que la retribución al proponente perdedor se realizaría a lo largo de la ejecución del contrato estatal. Esto quiere decir que el acuerdo se ejecutaría en dos partes: una durante la audiencia de adjudicación del contrato –proceso de selección– y la segunda a través de diferentes mecanismos de compensación a lo largo de la ejecución del negocio jurídico si alguno de los participantes llegaba a ser el adjudicatario del mismo, motivo por el cual, la segunda etapa fue aquella en la que el proponente ganador retribuyó a su antiguo competidor en atención a lo establecido en el pacto y en la conducta realizada.

De esta manera, todas las conductas de los investigados a lo largo de la ejecución del contrato como la ejecución misma tuvieron como origen o hecho constitutivo el acuerdo restrictivo de la libre competencia. Por tal razón, solo hasta el momento en que el contrato culminó para **PONCE DE LEÓN** la conducta anticompetitiva también cesó.

Si bien es cierto que, al iniciarse la conducta anticompetitiva, con la suscripción del “ACUERDO COMERCIAL INTERNO” (20 de diciembre de 2007) la norma aplicable era el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, al configurarse la conducta continuada, como producto de las conductas y acciones a lo largo de la ejecución del contrato –que se extendieron hasta el 30 de diciembre de 2013– la norma aplicable pasó a ser la contenida en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Más aún, teniendo en cuenta que, por regla general, las normas procesales tienen efectos inmediatos.

“La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.” (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

[L]a Resolución de Apertura –que dio inicio a la investigación formal– fue expedida el 16 de agosto de 2013, fecha para la cual la Ley 1340 de 2009 ya había entrado en vigencia. Así, teniendo en cuenta las fechas en las que ocurrieron estas circunstancias, no queda asomo de duda que la norma procesal aplicable a esta actuación administrativa en lo relativo a la caducidad es el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 que contempla que dicho término es de cinco (5) años, contados a partir de la ejecución de la conducta o del último acto o hecho constitutivo de la misma en los casos en que esta sea de tracto sucesivo, situación que como ha quedado establecida se configuró en el presente caso.