

Radicación: 14-92358 – Caso “EFRAÍN CUCUNUBÁ Y OTROS”

Resolución No. 12626 del 9 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

[L]a 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. 12626 del 9 de mayo de 2019. 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.

[P]ara 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. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado:

“Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado “Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia”. En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.

Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado.”

[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.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – Valoración probatoria – Prueba indirecta o indiciaria

*[C]omo se ha entendido en el ámbito local e internacional, para determinar la existencia de uno de los acuerdos considerados como 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.*

Resolución No. 12626 del 9 de mayo de 2019. Recurso de reposición

Por el contrario, la Superintendencia, en línea con las posturas internacionales en la materia, ha establecido que puede evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales.

[S]e ha entendido que en los casos específicos de colusión en licitaciones públicas, precisamente 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. Es así como, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

“...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que “el derecho de la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ...hay que resaltar –continúa la sentencia indicada- que estas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”. Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 de abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En igual sentido, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile se ha afirmado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

“(...) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia”.

Por su parte, en Estados Unidos los tribunales han condenado por colusión diferentes conductas sobre la base de prueba indirecta. Como señala el profesor y abogado practicante Irving Scher “puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva”. Lo anterior ha sido confirmado por el juez Richard Posner, quien ha señalado que “la mayoría de los casos son construidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial”.

Finalmente, según 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.

Ahora bien, en el ámbito local, esta 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.

Resolución No. 12626 del 9 de mayo de 2019. Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – Valoración probatoria – Presunción de autenticidad de documentos públicos y privados

[E]ste Despacho encuentra pertinente recordar que el artículo 244 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

“Artículo 244. Los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos, según el caso”. (Subraya fuera de texto).

[D]e acuerdo a la ley, que todos los documentos privados y públicos que fueron aportados, en copia o en original, a este proceso y que reposan en el Expediente, y que contienen la firma de los sancionados, deben presumirse como auténticos y suscritos por ellos, a menos que los mismos hubieren sido tachados de falsos en los términos de los artículos 269 y 272 del Código General del Proceso.

[L]a carga de la prueba respecto a la falsedad de un documento o de las firmas presentes en el mismo, se encuentra en cabeza de la persona a quien se le atribuye el documento, es decir, los sancionados, más no de la Superintendencia.

Al respecto, el artículo 269 del Código General del Proceso establece precisamente que:

“Artículo 269. La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba (...)”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

[S]egún la norma anteriormente transcrita, quien está en la obligación de tachar un documento de falso, con el fin de contradecir la presunción anteriormente establecida, es la parte interesada y no la autoridad.

[E]l artículo 270 del CGP establece una serie de formalidades de obligatorio cumplimiento para quien desee tachar de falso un documento.

[L]a norma en cuestión establece lo siguiente:

“Artículo 270. Quien tache el documento deberá expresar en qué consiste la falsedad y pedir las pruebas para su demostración. No se tramitará la tacha que no reúna estos requisitos (...)”. (Subraya fuera de texto)

[E]n el presente caso no se presentó dentro del término legal, por parte de los recurrentes, una tacha formal de falsedad de los documentos que conformaban las propuestas económicas de los procesos de selección (...) que les fueron atribuidos, razón por la cual no puede entenderse que la presunción establecida en el artículo 269 del CGP haya sido controvertida.

Aprovecha este Despacho la oportunidad para pronunciarse respecto al argumento planteado por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** respecto a que esta Superintendencia no tuvo en cuenta los dos incisos finales del artículo 244 del CGP, los cuales establecen que:

“Artículo 244. (...)

(...)

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones”.

[E]l argumento presentado por el recurrente es completamente infundado y carece de validez, toda vez que los incisos mencionados no hacen otra cosa que reiterar lo ya manifestado anteriormente, y es que se presume la autenticidad de los documentos aportados al proceso, salvo que los mismos sean tachados de falsos. Lo cual, se reitera, no ocurrió en este caso.

[R]especto al argumento presentado por los impugnantes sobre la falsedad de sus firmas, los recurrentes no cumplieron con las formalidades ni los tiempos establecidos por la ley para hacer dichas alegaciones. Lo anterior, dado que como quedó establecido, quien desee tachar de falso un documento o su contenido en un proceso, debe realizarlo en la forma y tiempo establecidos por los artículos 269 y 270 del CGP. Valga decir que

Resolución No. 12626 del 9 de mayo de 2019. Recurso de reposición

lo mismo fue establecido en la Resolución Sancionatoria respecto a las afirmaciones hechas por los recurrentes y los demás investigados sobre este punto, quienes no realizaron la tacha de falsedad, en los términos establecidos en la ley, en el momento procesal indicado.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Responsabilidad solidaria de miembros de consorcios

[L]os consorcios (figura asociativa utilizada por los sancionados en los procesos de selección objeto de la presente investigación) son una figura legal por medio de la cual dos o más personas se unen para presentar conjuntamente una propuesta dentro de un proceso de selección con el fin de obtener la adjudicación, y por ende, celebrar y ejecutar un contrato estatal, resultante de dicho proceso de selección.

[S]e ha manifestado en anteriores ocasiones que los consorcios son una figura asociativa que carece por completo de personería jurídica, razón por la cual sus miembros mantienen su individualidad y responsabilidad solidaria durante todo el respectivo proceso de selección, viéndose directamente afectados por las acciones adelantadas por el consorcio

Lo anterior se encuentra incluso establecido de manera expresa en la Ley, específicamente en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en donde se establece que por medio de los consorcios, dos o más personas en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Por esta razón, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que conforman el consorcio.

[L]a razón de ser de la figura del consorcio no es otra que la de garantizar y promocionar el principio de especialidad en la contratación pública, el cual hace referencia a que cada miembro del consorcio aportará su experiencia en determinado aspecto, y que será la suma de dichas experiencias las que garantizarán el cumplimiento del contrato estatal de manera eficiente y completa. Lo anterior bajo el entendido que una sola persona rara vez cuenta con las capacidades de cumplir todas las necesidades que se requieren para la ejecución de un contrato con el Estado.

[E]s claro que la razón de ser de la existencia de figuras como los consorcios no es otra que la de unir fuerzas y especialidades en beneficio de la ejecución de un contrato suscrito con alguna entidad Estatal.

[I]ndependientemente de la intención, propósito o forma en la que participaron **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ y LORENZO OROZCO PABÓN** en los diferentes consorcios participantes de los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del **FONADE**, al haber entregado sus documentos de identidad, con el fin de que fueran utilizados para conformar diferentes consorcios o Uniones Temporales para la participación en futuros procesos de selección, aceptaron de manera tácita la responsabilidad que conlleva el ser miembro de una de dichas figuras asociativas frente a los demás miembros y, en especial, frente a la entidad contratante.

[L]os recurrentes como mínimo estaban en la obligación de haber hecho un seguimiento respecto a los procesos de selección en los cuales **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** iba a presentarse haciendo uso de sus documentos de identidad, toda vez que en caso de resultar adjudicatarios, resultarían responsables ante la entidad contratante.

[L]o mínimo que debería esperar una entidad Estatal de una persona con la que tiene la posibilidad de suscribir un contrato es que esta última tenga pleno conocimiento del contenido de la propuesta y documentos presentados, habiendo realizado una supervisión detallada al proceso de elaboración de la propuesta económica y demás documentos, evitando cualquier contacto con sus competidores y cumpliendo toda la normatividad que regulan los procesos de selección objeto del presente caso.

[S]i bien este Despacho reconoce que no le corresponde, y no son sus funciones, sancionar la violación al principio de la buena fe en el proceso de contratación estatal, por el contrario sí está en el deber de manifestar que, a la luz del régimen legal de libre competencia económica, desconocer haber participado en procesos de selección, luego de haber entregado documentos para este fin, evidencia una flagrante negligencia por parte de los recurrentes, la cual bajo ningún pretexto puede eximirlos de su responsabilidad por la violación de las normas de libre competencia.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Conducta por objeto – No es obligatorio determinar la intención de los investigados

Resolución No. 12626 del 9 de mayo de 2019. Recurso de reposición

[L]a 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 Sancionatoria 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 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 un 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 competencia 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.

Hay que resaltar que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia y doctrina internacional experta en la materia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en “determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”, razón por la cual “[...] aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo [por objeto] actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, [...], tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición”.

En el ámbito local, se ha reconocido ampliamente que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

Al respecto, el Consejo de Estado afirmó, en un caso anterior de acuerdo de precios, que la intención de las partes era irrelevante a la hora de analizar la conducta anticompetitiva. Así, el alto Tribunal manifestó que:

“**No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado** (...) **puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes**, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste **tuviera por objeto** o por efecto la fijación indirecta o directa de precios” (Subraya y negrilla fuera de texto).

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

Resolución No. 12626 del 9 de mayo de 2019. Recurso de reposición

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”.**”*

(...)”

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho mantiene su posición respecto a que no era necesario entrar a analizar las intenciones subjetivas de los investigados ni los efectos reales de la conducta en el mercado, toda vez que del análisis hecho por la Entidad quedó en evidencia la idoneidad y potencialidad de la conducta anticompetitiva acá investigada.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Significatividad de la conducta investigada

[T]al y como lo ha reiterado esta Entidad en diferentes ocasiones, el análisis de significatividad de la conducta tiene relevancia solamente en el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa, sin que en nada cambie el posible carácter ilegal de la conducta analizada.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

*“**PARÁGRAFO.** La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta”.*

De esta forma, este Despacho reitera que siendo la significatividad un requisito de procedibilidad que debió haber sido discutido al momento de iniciar la presente investigación, se resalta que este no es el momento procesal para hacerlo (...).

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Responsabilidad de agentes del mercado y de las personas facilitadoras de la conducta

*[D]e acuerdo al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y al artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio está en la obligación de sancionar, con multas de hasta **CIEN MIL (100.000)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, o, si resulta ser mayor, hasta por el **CIENTO CINCUENTA POR CIENTO (150%)** de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, a todas las personas (naturales o jurídicas) que participen en un acuerdo que tenga por objeto la colusión en licitaciones públicas.*

En este sentido, el agente de mercado que se vea involucrado activamente en la comisión de dicha conducta, será sancionado por esta Entidad en los términos anteriormente mencionados.

[L]a confusión que presenta el recurrente deviene del hecho que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, norma que modifica el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, también faculta a esta Entidad a sancionar a las personas, naturales o jurídicas, que sin ser agentes de un determinado mercado (sin ser participantes en el mismo), con su actuar colaboran, facilitan, autorizan, ejecutan o toleran la comisión de una conducta anticompetitiva por parte de diferentes agentes del mercado.

Sin embargo, la situación de estos últimos, denominados facilitadores, no corresponde a la misma situación de los agentes que participan activamente en un acuerdo anticompetitivo, razón por la cual la misma ley establece situaciones de hecho y sanciones diferentes para cada uno.

Resolución No. 12626 del 9 de mayo de 2019. Recurso de reposición

*[L]a presente investigación contra **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y los demás sancionados se inició por su carácter de agentes de mercado, lo cual fue ratificado posteriormente en el Informe Motivado presentado por la Delegatura y en la Resolución Sancionatoria. Lo anterior bajo el entendido que **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y los demás sancionados, sin importar su carácter de personas naturales, acudieron al mercado de contratación pública, específicamente a los procesos de selección (...) del **FONADE**, con el fin de competir por la obtención del contrato resultante de dichos procesos.*

[S]egún el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, se entiende como agente de mercado, sujeto a las leyes de libre competencia en Colombia, todo aquel que desarrolle una actividad económica que tenga efectos o pueda tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales.

*[E]ste Despacho reitera la calidad de agentes de mercado de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y los demás sancionados, razón por la cual no correspondía adelantar un análisis respecto a los verbos rectores colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar, toda vez que los mismos solo deben ser estudiados para quienes actúan aparentemente como facilitadores de la conducta.*