

Radicación: 17-229681– Caso “ALCALDÍA DE BUCARAMANGA”

Resolución No. 75888 del 20 de diciembre del 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. 75888 del 20 de diciembre del 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.

[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.

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

[L]os impugnantes insistieron en sus argumentos sobre: (i) la relación preexistente entre los sancionados; (ii) la conformación de estructuras plurales entre los sancionados; (iii) el hecho de compartir contador; y (iv) el comportamiento coordinado y colaborativo en procesos de contratación estatal.

[T]al y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, y contrario a lo manifestado por los impugnantes, estos hechos fueron empleados para contextualizar la relación entre ellos, de modo que esta relación de contexto no constituye prueba de la existencia de la conducta objeto de sanción, toda vez que, se insiste, simplemente constituye una información relevante para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva que fue reprochada.

Con base en lo anterior, a continuación se reitera lo manifestado en la Resolución Sancionatoria:

“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. Al respecto, es importante dejar claro que, en efecto, no solo es natural y legal que empresas que hayan participado en calidad de consorcios o uniones temporales en diferentes procesos de selección, se presenten en procesos posteriores como competidores, sino que es una práctica altamente común. De tal suerte, no debe entenderse bajo ningún punto de vista que esta Entidad se encuentra censurando por sí misma la realización de consorcios o cualquier otra figura asociativa autorizada por la ley, que en muchas ocasiones, por el contrario, resulta altamente eficiente y pro competitivo. Tampoco, que se encuentra censurando la preexistencia de relaciones personales, comerciales o profesionales.

Resolución No. 75888 del 20 de diciembre del de 2019. Recurso de reposición

Sin embargo, sí es obligación de este Despacho mencionar 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, pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión”.

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

Dado que este mismo punto ya fue objeto de análisis por parte de este Despacho en la Resolución Sancionatoria, a continuación se ratifica lo expuesto:

*“Como quedó establecido desde la Resolución de Apertura de Investigación, la imputación formulada por esta Entidad a los investigados consistió en la violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por la existencia de un acuerdo que tenía **por objeto** la colusión en licitaciones públicas.*

De esta 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 la afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual la Autoridad no debe entrar a verificar los efectos o daños reales causados en el mercado y mucho menos los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

Lo anterior 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 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”**. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

*De esta forma, este Despacho encuentra que la defensa de los investigados desconoce por completo que en el supuesto de un acuerdo anticompetitivo **por objeto**, solo será necesario probar la efectiva existencia del mismo para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre competencia en Colombia.*

(...)

[E]ste Despacho reitera que las buenas o malas intenciones de los agentes de mercado investigados no tiene relevancia al momento de establecer responsabilidad administrativa en las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia. Lo anterior, se encuentra en línea con lo reconocido por el Consejo de Estado:

“[no] interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio- y que dicho sea de paso, no demostró-, 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”.

Por otro lado, en relación con los acuerdos de colaboración, esta Entidad ha señalado que:

“Un acuerdo de colaboración entre competidores es aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva y que están compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones, con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales. Los acuerdos de colaboración entre competidores más comunes en el mercado son: (i) de investigación y desarrollo; (ii) de producción; (iii) de compra; (iv) de comercialización y (v) de estandarización.

De manera general, el régimen de protección de la competencia prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la consecución de distorsiones al juego de la libre competencia en el mercado”. (Subraya fuera de texto).

Resolución No. 75888 del 20 de diciembre del de 2019. Recurso de reposición

SANCIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Criterios de graduación de la multa – Conducta procesal

[E]l hecho de haber atendido las diligencias administrativas y remitir los requerimientos formulados por esta Entidad son obligaciones a cargo de los agentes de mercado, por tal razón no es posible concluir que al cumplir con ellas deban recibir un beneficio. En otras palabras, entregar la información requerida, en la calidad y tiempo solicitados, así como ejercer su derecho de defensa y notificarse ante el Despacho son los comportamientos apenas esperados por esta Entidad de cualquier persona jurídica o natural, que incluso en algunos casos –como en los requerimientos de información– resultan ser responsabilidades de obligatorio cumplimiento por parte de los agentes investigados, con lo cual no podrían en ningún caso representar algún beneficio por comportamiento procesal.