

Radicación: 15-168073 – Caso “ELENCO - ELECTRO”

Resolución No. 76185 del 24 de diciembre de 2019. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio – Prácticas restrictivas de la competencia en procesos de contratación estatal.

[E]n la intervención que hace esta Entidad a través de la herramienta de control ex post, lo que ocurre es que se activa un proceso administrativo sancionatorio especial –el de prácticas restrictivas de la libre competencia– mediante el cual se busca investigar la posible ocurrencia de prácticas o conductas anticompetitivas, encontrar responsables por infracciones administrativas y, de ser el caso, imponer las multas correspondientes que buscan reprimir la conducta contraria a la ley y evitar que esta se vuelva a presentar.

[E]n el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que cumple la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de las investigaciones por posibles prácticas restrictivas de la libre competencia económica debe observarse un procedimiento estrictamente establecido en la ley. Este proceso administrativo sancionatorio especial se encuentra regido por leyes especiales de competencia, el CPACA y la Ley 1564 de 2012 (en adelante “Código General del Proceso” o “CGP”).

[E]sta Superintendencia, de encontrar que existió una vulneración al régimen de la libre competencia económica, debe 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.

[E]sta Entidad ha establecido que en el ejercicio de sus facultades legales debe fomentar la transparencia y competencia en los procesos de contratación adelantados por el Estado, en los cuales éste actúa como consumidor de bienes y servicios y frente al cual el valor que por ellos se paga proviene de los recursos públicos de todos los colombianos.

En consecuencia, es necesario que en el ámbito de la contratación estatal las actuaciones de las entidades públicas como de los proponentes se encuentre en línea con los principios y fines estatales, entre los que se encuentran el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y la adecuada y eficiente asignación de los recursos públicos.

En este sentido, en esos mercados específicos, “las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección son particularmente graves [...] pues se presentan sobrecostos y pérdidas irre recuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar”, hecho que se traduce en afectaciones al bienestar social, desarrollo económico y eficiencia económica. Esto, por cuanto las compras públicas representan un porcentaje muy importante del PIB.

Frente a este particular, esta Superintendencia ha manifestado que:

*“Para el caso colombiano, la OCDE [ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO] 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” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Situaciones de control – Control societario y control competitivo

[E]n ningún momento buscó esta Entidad establecer que por el mero hecho de existir una situación de control societario o que dos o más sociedades compartan recursos administrativos se configure una práctica restrictiva de la libre competencia económica, tal y como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria, pues no siempre dichas situaciones implican que en efecto exista control competitivo; el cual, además, no es ilegal per sé, pues para que se configure una conducta anticompetitiva es necesario, como ocurrió en el caso objeto de estudio, que los agentes de mercado aparenten competencia y se logre probar a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio que esa aparente competencia obedeció realmente a un interés común.

Resolución No. 76185 del 24 de diciembre de 2019. Recurso de reposición

[C]onforme las reglas de la experiencia, por lo general cuando existe control societario de un agente de mercado existe control competitivo, sin embargo, esta situación debe ser probada por la Autoridad de Competencia en cada caso particular.

Tampoco le interesa a esta Superintendencia reprochar que agentes de mercado participen en los procesos de selección adelantados por el Estado. En esta línea, se ha establecido que:

“[E]n el ámbito de la contratación estatal, la adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permiten el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y con ello, se logra una asignación eficiente de los recursos públicos, por naturaleza escasos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia por el mercado.

En este orden de ideas, las conductas restrictivas de la competencia en materia de contratación estatal se consideran como un tipo de infracciones a la libre competencia que tienen un alto impacto negativo, por cuanto que no sólo vulneran ese bien jurídico, sino también los bienes públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo atractivo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado (...).”

Igualmente, ha manifestado que:

“[L]a colusión y demás comportamientos restrictivos en la contratación estatal producen, 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) se pueden incrementar 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 infractores”.

Por ende, resultaría absurdo que la Superintendencia de Industria y Comercio reprochara la mera participación de un agente de mercado en un proceso de selección contractual del Estado. De esta manera, estos argumentos no tienen ningún fundamento.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria de los indicios

Los indicios en Colombia son un medio probatorio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 del CGP.

En ese sentido, “el 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”.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo indicó recientemente en una decisión, en la que analizó la legalidad de unas resoluciones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de las cuales se sancionó a algunas empresas cementeras y personas naturales a ellas vinculadas por haber violado el régimen de la libre competencia económica, que en ciertas ocasiones no resulta fácil demostrar la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia económica, motivo por el cual es menester recurrir a la prueba indirecta o indiciaria.

[L]os indicios son medios de prueba considerados pruebas indirectas, los cuales, pueden ser los medios idóneos para demostrar una conducta contraria a la libre competencia. Corresponderá al juzgador, a través de la sana crítica, valorar los indicios y demás pruebas en conjunto para determinar la existencia o no de una conducta contraria a derecho que viole el régimen de la libre competencia económica.

En síntesis, la Autoridad de Competencia puede utilizar los indicios como medio de prueba, puesto que la misma ley les otorgó esa calidad, hecho que ha sido avalado por el Consejo de Estado frente a decisiones que han sido tomadas por esta Superintendencia. Sin embargo, no puede perderse de vista que para poder recurrir a los mismos deben reunirse los elementos de (i) hecho indicador, (ii) inferencia lógica y (iii) conclusión –hecho nuevo. Además, es labor del juzgador valorar de manera conjunta e integral, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los medios de prueba que integren el acervo probatorio en cada caso particular.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración en conjunto de las pruebas – Sana crítica

[E]n Colombia el sistema de la sana crítica ha sido el adoptado por el legislador. En este sentido, el artículo 176 del CGP establece que:

Resolución No. 76185 del 24 de diciembre de 2019. Recurso de reposición

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

La sana crítica se instituye como un sistema de valoración de la prueba, en el cual la razón y el conocimiento experimental del juzgador son los elementos que forman la convicción del mismo. Esto se traduce en que el juzgador no puede ser arbitrario ni goza de una discrecionalidad plena al realizar un determinado juicio administrativo o judicial.

Según la doctrina, la sana crítica “[e]s la razón, entendida de una manera sencilla, como la capacidad de abstracción deductiva que tiene el ser humano para comprender la realidad universal, estableciendo verdades a través de la percepción empírica” o es “el conjunto de reglas para juzgar la verdad de las cosas, o la conducta libre de error y de vicio [que] resultan del conjunto de principios y de normas éticas y psicológicas que la propia mentalidad del juez de haya forjado, tanto por el examen de su propia conciencia como del análisis de los hechos del mundo externo”.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha indicado que teniendo en cuenta la libre valoración racional o libre convicción, el juzgador debe en todos los casos aplicar la sana crítica y los criterios de valoración de la prueba en cada caso particular.

Teniendo en cuenta las acepciones de la sana crítica como sistema de valoración probatoria resulta relevante señalar que esta debe ser aplicada a la integralidad de las pruebas obrantes en cada expediente. Así, la valoración que se realice del material probatorio debe ser en conjunto. Es decir, para poder arribar a conclusiones a partir de las cuales pueda colegirse la responsabilidad de una persona es necesario apreciar de manera inescindible la totalidad de pruebas, esto con el fin de llegar a un grado de persuasión que conlleve a la convicción.

En consecuencia, el juzgador se encuentra en la obligación de valorar las pruebas de manera conjunta e integral conforme las reglas de la sana crítica.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Motivación de los actos administrativos – Falsa motivación y falta de motivación

[R]esulta importante establecer que la motivación del acto administrativo es uno de sus elementos esenciales, pues este refleja los fundamentos de hecho y de derecho que llevan a la decisión del funcionario. (...).

Por su parte, la falsa motivación y la falta de motivación se configuran como defectos que pueden viciar la legalidad de un acto, y que son diferentes entre sí. Esto por cuanto la falta de motivación se traduce en que no existieron fundamentos de hecho o de derecho para la toma de la decisión, mientras que en la falsa motivación si bien existen esos fundamentos, estos no tienen correlación o no llevan a la decisión que el funcionario tomó.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho administrativo sancionatorio – diferencias con el derecho penal y el derecho disciplinario

[S]i bien el derecho penal, disciplinario y administrativo sancionatorio son modalidades del poder punitivo del Estado, cada uno de ellos busca cumplir una finalidad diferente dentro del ordenamiento a través de la protección de diferentes bienes jurídicos mediante la represión de comportamientos ilegales.

En relación con el derecho administrativo sancionatorio, se ha establecido que este representa una ruptura del principio de división de poderes, pues busca reprochar ilícitos pero no a través de ejercicio judicial. A través de este, la ley otorga a las autoridades administrativas la facultad de imponer sanciones cuando se verifique que una norma jurídica ha sido incumplida, esto con el fin de reprobado y prevenir que la infracción administrativa vuelva a presentarse.

Teniendo en cuenta esta distinción en las finalidades que cada una de estas modalidades del ius puniendi del Estado busca proteger, debe indicarse que en materia penal la Ley 599 de 2000 establece las conductas que en Colombia se consideran delitos, la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único consagra las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y finalmente en materia administrativa sancionatoria, dependiendo del bien que se proteja se encuentran distintas normas especiales.

En relación con el derecho administrativo sancionatorio, se ha establecido que este representa una ruptura del principio de división de poderes, pues busca reprochar ilícitos pero no a través de ejercicio judicial. A través de este, la ley otorga a las autoridades administrativas la facultad de imponer sanciones cuando se verifique que

Resolución No. 76185 del 24 de diciembre de 2019. Recurso de reposición

una norma jurídica ha sido incumplida, esto con el fin de reprobado y prevenir que la infracción administrativa vuelva a presentarse.

[S]e ha reconocido que los principios y reglas del derecho penal son aplicables y deben guiar las actuaciones de las autoridades administrativas en el desarrollo del ámbito administrativo sancionatorio, sin embargo, cada procedimiento es diferente, pues cada uno de ellos tiene elementos y características específicas.

En este sentido, cada una de las modalidades sancionatorias tiene intereses, sujetos, sanciones y efectos completamente diferentes.

Teniendo claras las diferencias en la aplicación de cada uno de los sistemas, esta Superintendencia ha establecido que para determinar la responsabilidad administrativa por infracciones al régimen de la libre competencia económica no se requiere demostrar los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad tal y como sucede en el derecho penal, puesto que la aplicación de los principios propios del derecho penal es menos rigurosa.

Por las sendas diferencias que existen entre el derecho penal y administrativo sancionatorio, no es posible trasladar el juicio de responsabilidad penal al análisis que hace esta Superintendencia en el cumplimiento de sus funciones como Autoridad Nacional de Competencia. Pues, conforme lo establecido por la Corte Constitucional, la aplicación de los principios penales en este ámbito es menos riguroso por cuanto a través de este tipo de procesos se busca garantizar la preservación del ordenamiento jurídico mediante la imposición de multas pecuniarias que buscan cumplir una función de reproche y prevención. Situación que funciona de la misma manera en el campo del derecho disciplinario.

SANCIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de proporcionalidad de las multas – Carácter sancionatorio de las multas.

[E]specíficamente sobre la proporcionalidad de las sanciones, la Corte Constitucional ha establecido que este elemento comprende tres conceptos: la adecuación de los medios escogidos por el legislador para la consecución del fin que se persigue, la necesidad de utilización de esos medios para lograr el fin y la proporcionalidad entre el medio y el fin, esto con el fin de no sacrificar principios constitucionalmente relevantes. A su vez, estos tres conceptos o elementos son parte fundamental del análisis del juicio de proporcionalidad.

Bajo este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido que:

“[E]s preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad que la norma establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”.

En consecuencia:

“[P]ara la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal”.

[L]as multas que impone esta Superintendencia tienen un carácter eminentemente sancionatorio, a través del cual se busca reprochar la infracción administrativa y prevenirla a futuro. Estas multas no tienen el carácter de compensatorias, pues a través de ellas no se busca que los agentes de mercado o personas naturales sancionadas compensen o indemnicen a la comunidad los daños y perjuicios por ellos generados en un mercado con el comportamiento desplegado.