

Radicación: 12-160585 – Caso “ALCALDÍA DE LA MESA”

Resolución No. 9433 del 23 de abril de 2019. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio – Investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia – Derecho administrativo sancionatorio - Principios de tipicidad y legalidad

[C]onforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a que

“(…) la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”.

[P]ara el correcto ejercicio de sus competencias y funciones aplica el régimen general de la libre competencia, el cual, como lo ha aseverado la Corte se encuentra integrado por la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011. Adicionalmente, resulta relevante indicar que, en materia procesal, en los aspectos no regulados en las normas especiales se debe aplicar la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y en lo no regulado por éste último por lo establecido en la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso.

[L]a Superintendencia tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Luego entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: “(…) la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones

“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”.

En este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como policía administrativa en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad económica en los diferentes mercados nacionales; función que se enmarca dentro del ámbito del derecho administrativo sancionatorio, en el cual los principios de legalidad y tipicidad tienen distinta entidad y rigor que en el derecho penal.

[L]a exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.*
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.*
- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.*
- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia.*
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*

Resolución No. 9433 del 23 de abril de 2019. Recurso de reposición

(vi) *El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.*

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria – Conductas continuadas o de tracto sucesivo

El término legal que tiene la autoridad de la competencia para instruir las investigaciones por posibles infracciones al régimen de la libre competencia es de cinco años, contados a partir de la ejecución de la conducta –en caso de ser de ejecución instantánea– o desde el momento en que se ejecutó el último acto o hecho de la conducta anticompetitiva –en caso de ser de ejecución continuada o permanente–. En efecto, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 dispone que:

*“(…) 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.*

[E]l acuerdo anticompetitivo contenido en el documento “ACTA DE ACUERDO” fue suscrito el 16 de agosto de 2012; sin embargo, conforme lo establecido en el documento “LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA”, suscrito en cumplimiento de la cláusula 2 del convenio, el efecto del acuerdo de precios se extendería hasta el 31 de diciembre de 2013. En tal sentido, es claro para el Despacho que los investigados incurrieron en una conducta restrictiva de la libre competencia de carácter continuado o sucesivo, cuyo último hecho se concretó el 31 de diciembre de 2013. En este sentido, como el último acto se materializó en la referida fecha, los cinco años terminarían el 31 de diciembre de 2018, fecha hasta la cual la Superintendencia actuaría con competencia y estaría facultada para imponer las eventuales sanciones a las que hubiera lugar.

Resulta importante hacer referencia a lo que en esta materia –conductas continuadas y la contabilización de los términos para que una entidad administrativa imponga una sanción– ha establecido el Consejo de Estado. Para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

“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”.

[P]ara las conductas de tracto sucesivo o infracciones continuadas la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado se cuenta a partir de la realización del último acto de ejecución.

[L]a tesis del Despacho se encuentra fortalecida, reiterando que el 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 31 de diciembre de 2013 –fecha hasta la cual estarían vigentes los precios acordados para las instalaciones internas de gas para el municipio de La Mesa.

[E]l hecho que debe revisarse para establecer si operó o no la caducidad de la facultad sancionatoria de una entidad es la notificación del acto que impone la sanción.

Por ende, el hecho que debe verificarse en el caso en cuestión es si en efecto la notificación de la Resolución No. 91153 de 2018 se realizó antes del 31 de diciembre de 2018, último día en que la Superintendencia tenía la facultad de sancionar a los investigados y notificar su decisión. (...).

[S]e observa que la Resolución Sancionatoria fue expedida el 14 de diciembre de 2018, y que la última notificación del acto administrativo se llevó a cabo el 31 de diciembre de 2018 para el investigado HERNÁN ARIAS RIAÑO, día final en que la Superintendencia podía sancionar a los investigados y notificarlos. Teniendo claridad de este hecho, y como se observa en el pronunciamiento judicial transcrito, el término de caducidad se interrumpe con la notificación del acto administrativo sancionatorio.

PARACTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – Acuerdos contrarios a la libre competencia y prohibición general – La finalidad o intención no interesa para efectos de la acreditación de la práctica anticompetitiva

[F]rente a que el “ACTA DE ACUERDO” fue un documento emitido por la alcaldía del municipio de La Mesa, con exigencias emitidas por el Secretario de Obras Públicas y no corresponde a un acuerdo alcanzado por quienes la suscribieron, el Despacho pone nuevamente de presente lo establecido en el artículo 250 del CGP, el cual dispone que la prueba que resulte de los documentos privados es indivisible y comprende lo meramente enunciativo. Esto quiere decir que, al valorar la prueba, el juzgador o director del proceso, tendrá en cuenta la literalidad de las palabras que en el documento se plasmaron.

Resolución No. 9433 del 23 de abril de 2019. Recurso de reposición

Conforme lo anterior la literalidad del título del documento se enmarca perfectamente dentro de la definición que establece el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el cual establece que debe entenderse por acuerdo

“(…) Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

[N]o resulta de recibo el argumento propuesto por los investigados consistente en que lo que se plasmó en el documento no fue producto de un acuerdo entre las partes, sino que fue una imposición que realizó **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas, en nombre del municipio de La Mesa.

[A]RIBUK y **HERNAN ARIAS RIAÑO** refirieron que la finalidad de suscribir el documento “ACTA DE ACUERDO” era solucionar un problema social. En el mismo sentido, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** señaló que la finalidad del acuerdo era controlar los abusos e incumplimientos de las empresas a los usuarios de La Mesa. Es decir, ambos argumentos establecen condiciones subjetivas relacionadas con la finalidad que tuvo cada uno de estos investigados al momento de celebrar el acuerdo, intenciones o propósitos que configuran elementos que no se tienen en cuenta para la configuración de la conducta restrictiva de la competencia. Al respecto, en la Resolución Sancionatoria se estableció que:

“en la aplicación de las normas de libre competencia en Colombia, incluido el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que proscribe los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, 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”.

[L]a finalidad o intención de **ARIBUK**, **HERNÁN ARIAS RIAÑO** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** al suscribir el acuerdo anticompetitivo no interesa para efectos de la acreditación de la conducta proscribida por el régimen de la libre competencia económica. Por ende, es infundado este argumento.

Tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con que a la fecha en que se celebró el “ACTA DE ACUERDO” ya el municipio había seleccionado a las empresas que ejecutarían el proyecto, motivo por el cual no es posible afirmar que con la celebración del acuerdo se hubiera limitado la entrada de otros competidores al mercado. Esta afirmación se hizo frente a la conducta desplegada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, la cual se imputó bajo la prohibición general (art. 1 Ley 155 de 1959). Al respecto vale la pena recordar algunas de las afirmaciones realizadas en la Resolución Sancionatoria, las cuales se reiteran nuevamente:

“En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, la Delegatura le imputó a la **ALCALDÍA DE LA MESA** la posible infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por haber presuntamente desplegado conductas tendientes a limitar la libre competencia al consentir y auspiciar el acuerdo de precios celebrado entre **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**”.

“este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura en el sentido de sancionar a la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en tanto se encuentra acreditado con la evidencia obrante en el Expediente que auspició la celebración y el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas investigadas y, por lo tanto, implementó un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica en desarrollo de las labores de gasificación del municipio”.

[L]a **ALCALDÍA DE LA MESA** fue encontrada responsable de haber incurrido en la prohibición general por haber posiblemente desplegado conductas tendientes a limitar la libre competencia al consentir y auspiciar la celebración de un acuerdo de precios. Teniendo en cuenta esto, lo que se estableció en la Resolución Sancionatoria –contrario a lo afirmado por los recurrentes– fue que a través del acuerdo anticompetitivo, se garantizó que la competencia por precios y condiciones de comercialización estuviera prácticamente eliminada en detrimento del bienestar de los consumidores, puesto que:

“del simple objeto del acuerdo se desprende que fijar los precios de manera artificial y consensuada entre competidores restringe la competencia en precios en el mercado”.

Además, se estableció que:

“el cartel empresarial investigado tuvo como propósito fijar artificialmente los precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa – Cundinamarca realizadas por **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento **SEG 3A**, quienes, como se indicó anteriormente, ostentaban el 98% de dicho mercado en ese municipio. Esta conducta se fraguó en detrimento de los usuarios que requerían de dicha instalación para acceder al servicio público de gas natural, toda vez que los investigados acordaron renunciar a competir en precios y de esta manera evitar que los usuarios lograran obtener mejores precios de acuerdo a la oferta y demanda en un mercado en el que debería prevalecer la libre competencia”.

Resolución No. 9433 del 23 de abril de 2019. Recurso de reposición

[E]s importante aclarar que la Delegatura para la Protección de la Competencia imputó la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) a la **ALCALDÍA DE LA MESA**, conducta que no requiere de la celebración de un acuerdo. Así, se reitera lo establecido en la Resolución Sancionatoria, consistente en que la **ALCALDÍA DE LA MESA**:

“infringió lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en tanto que tuvo un rol determinante en la celebración y ejecución del acuerdo de precios realizado por las empresas investigadas. Lo anterior, por cuanto (i) propició un escenario adverso a la libre competencia económica al elegir y privilegiar a **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**; (ii) indujo a los consumidores a contratar con dichas empresas; (iii) participó activamente en el acuerdo anticompetitivo; y (iv) alteró la dinámica del juego de la libre competencia económica al provocar un desplazamiento de la demanda hacia estos tres (3) agentes”

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Debido proceso – Término para solicitar y aportar pruebas - Valoración probatoria

[L]os términos procesales, en especial los que tienen relación directa con el ejercicio de garantías constitucionales, como lo es el período para aportar, practicar y contradecir pruebas, es perentorio. Al respecto señala el artículo 117 del CGP:

“Los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.

El juez cumplirá estrictamente los términos señalados en este código para la realización de sus actos. La inobservancia de los términos tendrá los efectos previstos en este código, sin perjuicio de las demás consecuencias a que haya lugar.

A falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias, y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y la solicitud se formule antes del vencimiento”. (Se destaca).

Por su parte, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 señala que:

“Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer”. (Se destaca).

En aplicación de las disposiciones transcritas, debe insistirse en que el período para solicitar o aportar pruebas por parte de los investigados dentro de un proceso administrativo por posible infracción al régimen de la libre competencia es de veinte días a partir de la notificación del acto que da apertura a la investigación.

En relación con el argumento presentado por **RODRIGO GUARÍN LESMES** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** en lo que tiene que ver con que existió una indebida valoración probatoria y por ende la configuración de la violación a su derecho fundamental al debido proceso, debe afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró las pruebas conforme lo dispuesto el artículo 176 del CGP, esto es, de manera conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, habiendo expuesto en la decisión sancionatoria el mérito asignado a cada una de las pruebas.

[E]ncuentra el Despacho que la Corte Constitucional ha establecido los elementos y parámetros que deben verificarse para entenderse configurada una indebida valoración probatoria al interior de un proceso judicial o administrativo. Ha señalado que este fenómeno ocurre

“(i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso”.

Teniendo en cuenta esto, y sin que el cumplimiento de estos requisitos implique de manera automática una violación al debido proceso, la Corte ha manifestado que para que dicha violación se concrete es necesario que

Resolución No. 9433 del 23 de abril de 2019. Recurso de reposición

“(…) las deficiencias probatorias que se alegan (…) deben tener la capacidad para incidir en el sentido de la decisión o, en su defecto, demostrar la distorsión que, con la omisión o la indebida valoración probatoria, se produjo frente a la verdad de los hechos”.

Realizado el análisis legal-jurisprudencial propuesto por la Corte en el caso objeto de estudio, no encuentra la Superintendencia (i) que haya existido una indebida valoración del material probatorio sustento de la decisión contenida en la Resolución No. 91153 de 2018 y por ende (ii) que se hubiera configurado una violación al debido proceso de los investigados.

RESPONSABILIDAD POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho administrativo Sancionatorio – No es necesario determinar el elemento subjetivo o culpabilidad

[E]l derecho administrativo sancionatorio, si bien comparte los principios del derecho penal, no los aplica en la misma intensidad. Es decir, en materia administrativa sancionatoria la adecuación de la conducta a la infracción se hace con una mayor flexibilidad.

[F]rente al tema de la culpabilidad, esto es, la necesidad de que para poder configurarse la responsabilidad es necesario ver el aspecto subjetivo de quien realiza la conducta, esto es establecer si existió dolo o culpa grave, el Despacho encuentra que este análisis no aplica para el derecho administrativo sancionatorio, razón por la cual no es aplicable a la presente actuación administrativa.

En desarrollo de lo anterior, la Superintendencia a través de varias de sus decisiones ha reiterado que

“no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto. Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)”

Conforme los pronunciamientos del máximo tribunal de lo contencioso administrativo y lo reiterado por esta Superintendencia en varias ocasiones, la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios –y que dicho sea de paso, no demostró– no interesa, 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.

[D]e lo expresado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, reiterado en varias oportunidades por esta Entidad, se arriba a la conclusión de que en materia administrativa sancionatoria el juzgador de la conducta no debe hacer el juicio jurídico de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, obligatorio en materia penal.

RESPONSABILIDAD POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Personas jurídicas de derecho público y sus representantes legales

[E]ste Despacho considera que no debe perderse de vista que las personas jurídicas son una ficción legal a través de la cual la ley otorga derechos y obligaciones a empresas, sociedades y entidades que actúan a través de personas naturales. En materia pública no hay excepción al respecto. Las entidades territoriales (Art. 286 CP) son personas jurídicas de derecho público, las cuales actúan en el universo jurídico a través de diferentes modalidades. En este sentido, conforme lo establece el artículo 314 CP, el alcalde del municipio es el jefe de la administración local y representante legal del mismo.

*[L]a voluntad del municipio de la Mesa, persona jurídica de derecho público y sujeto de derechos y obligaciones, es expresada y materializada en el mundo jurídico a través de los funcionarios que lo representan; para la época de los hechos el representante legal del ente era **RODRIGO GUARÍN LESMES**. Teniendo en cuenta esto, a lo largo de la actuación administrativa se probó que el municipio –lógicamente a través del alcalde y el secretario de obras públicas– implementó un sistema que limitó la libre competencia económica en el desarrollo del proceso de gasificación y, con fundamento en lo anterior, “auspició la celebración y el cumplimiento de un acuerdo en los precios entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas investigadas”.*

[E]l numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 no hace distinción respecto del tipo de persona frente a la cual sea procedente la aplicación de multas. Adicionalmente, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 tampoco establece un determinado sujeto calificado que sea quien incurra en la conducta descrita. Conforme las anteriores consideraciones, cualquier persona jurídica, sin importar si es de derecho público o de derecho privado, debe respetar el régimen de la libre competencia económica y, en caso tal de no acatar las normas, ser sujeto de imposición de sanciones.