

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden 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; y

(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.

Ahora bien, la Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada oferente; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad obedecen a los mismos intereses económicos. En este último esquema, hay dos o más ofertas que en realidad no compiten entre ellas porque obedecen a los mismos intereses económicos, bien sea porque hacen parte del mismo grupo de interés económico, existe una subordinación entre ellas o existen vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

Los acuerdos restrictivos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 comportan una conducta en la 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 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”.

Lo que resulta censurable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo o cualquier práctica 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. Estas conductas, son consideradas como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. (...).

No está de más recordar en este punto que cualquier 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 pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal.

Es preciso anotar en este punto que, el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables por su 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

Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020

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 le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Control competitivo

Sobre este punto resulta pertinente recordar que el control competitivo, de acuerdo con la noción dispuesta por el numeral 4 del Decreto 2153 de 1992 y desarrollada en varias oportunidades por esta Superintendencia, hace referencia a la posibilidad de influir en las decisiones de un agente de mercado relacionadas con su comportamiento en el mercado. Ejemplos de esto incluyen, las decisiones que versen sobre: **(i)** la política empresarial; **(ii)** la iniciación o terminación de la actividad empresarial; **(iii)** la variación de la actividad a la que se dedica la empresa en cuestión; o **(iv)** la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Por este motivo, esta Superintendencia ha reconocido que el elemento esencial de la definición de control es que un agente de mercado tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otro, concluyendo que se adquiere este control “cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una ‘influencia material’ sobre su desempeño competitivo, es decir, una influencia que pueda afectar o modificar la manera en que la empresa compite en el mercado”.

Así, por ejemplo, en tratándose de procesos de contratación pública, la determinación por parte de un agente o cualquier sujeto sobre las decisiones relativas a la participación en el proceso –es decir, de la entrada o no al mercado–, relacionadas con la presentación de la oferta o la precisión de la estrategia a seguir para competir por la adjudicación y en general, sobre las actuaciones a realizar en el marco del proceso, son a todas luces parte de la influencia en el comportamiento competitivo de la empresa y por tanto, darían cuenta de la existencia de control.

[E]l control en el derecho de la competencia se verifica cuando una persona natural o jurídica tiene la posibilidad de *influenciar* el desempeño competitivo de otra empresa. Adicionalmente, conforme lo ha señalado esta Superintendencia en ocasiones anteriores, no es necesario que dicha posibilidad se haya materializado en el pasado o tenga que materializarse en el futuro ya que, de acuerdo con lo señalado en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, la posibilidad de influenciar es suficiente para que exista el control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Procesos de selección abreviada – Bolsas de productos

[L]a adquisición de BCTU (Bienes de Características Técnicas Uniformes) a través de bolsas de productos, como es el caso de los procesos adelantados por la **ALFM** a través del MCP de la **BMC**, es una modalidad de la selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia, los procesos respecto de los cuales los investigados celebraron y ejecutaron el acuerdo anticompetitivo que aquí se reprocha, son procesos de contratación pública por lo que resulta claramente aplicable la prohibición contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que aquellos procesos de selección distintos a la licitación pública se consideran procesos excepcionales, como es el caso de la selección abreviada para la contratación de BCTU a través de bolsas de productos, respecto de los cuales los principios de transparencia, economía, responsabilidad y deber de selección objetiva también les son aplicables. Así, la literatura ha reconocido que el deber de selección objetiva, contrario a una creencia generalizada, es propio de cualquier proceso de selección y no solo de la licitación pública, exigible en cualquier ámbito ya que el interés público siempre ha de prevalecer sobre el particular.

Por tal razón, pretender limitar las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia únicamente a los procesos de licitación pública, dejando fuera de su alcance los otros tipos de modalidades de selección, es tanto como asumir que la simplicidad con que éstos han sido concebidos (para garantizar la eficiencia de la gestión contractual) es incompatible con los principios de selección objetiva y transparencia. Dicha deducción es a todas luces errada, ya que la intención del legislador al diseñar procedimientos expeditos de contratación no fue la de establecer que las posibles prácticas restrictivas que en ellos pudieran presentarse fueran inmunes a las investigaciones que puede adelantar esta Entidad.

En este sentido, este Despacho llama la atención en que el encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, “licitaciones o concursos”, sino que por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos colusorios que tengan por objeto o efecto falsear la libre competencia, sin importar la

Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020

modalidad de selección de que se trate. Tan es así que en otras ocasiones esta Entidad ha sancionado acuerdos colusorios realizados en procesos bajo la modalidad de selección abreviada.

De esta forma, los acuerdos colusorios que se presenten en la modalidad de selección abreviada o cualquier otra modalidad en que sean posibles condiciones de libre competencia, y cuando quiera que esta se obstruya, restrinja o distorsione, como el sancionado en el presente caso, sin lugar a dudas, serán reprochables y sancionables por esta Superintendencia.

[L]os procesos de adquisición de BCTU a través de bolsas de productos, como los adelantados en el MCP de la **BMC**, son una modalidad de la selección abreviada como proceso de contratación pública de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Respecto de estos procesos de selección abreviada, en aplicación del principio de selección objetiva que debe regirlos, el artículo 5 de la misma Ley establece en su numeral 3 que en este tipo de procesos el único factor de evaluación debe ser el “**menor precio ofrecido**”.

Lo anterior también encuentra respaldo en las normas que regulan los procesos de las bolsas de productos, las cuales establecen que estos sistemas de negociación deben operar con precios eficientes y garantizar la obtención del menor precio disponible en el sistema (Decreto 2555 de 2010 Art. 2.11.1.1.9).

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Efectos anticompetitivos

[E]l hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal 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 afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en los procesos de contratación pública está dada por ley, por lo cual no le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción. Ahora bien, debe tenerse igualmente en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 también resultan reprochables aquellos acuerdos colusorios que tengan el “**efecto**” de la distribución de adjudicaciones de los contratos, lo cual efectivamente ocurrió en el presente caso.

Sobre este punto, el 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. (...).

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.

Igualmente, el Despacho reitera lo dicho en decisiones anteriores, en el sentido que “(...) el régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva. En los mismos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo, sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención –dolo o culpa- de los infractores (...)”.

Así mismo, el Consejo de Estado ha manifestado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos, como el penal, en ocasiones admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad (...).

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Responsabilidad de agentes del mercado y facilitadores

Sobre este punto, el Despacho recuerda lo señalado en pronunciamientos anteriores en el sentido que el texto de la Ley 1340 de 2009 que modificó los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 establece títulos guía que no corresponden al contenido y propósito de las normas, ya que de la lectura de estas se concluye que no hay exigencia de un sujeto calificado para su aplicación.

Así, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, para efectos de la imposición de multas en materia de protección de la competencia, las normas aplicables para efectos interpretativos sancionatorios son los numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992 y no los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020

En efecto, jurídicamente lo único que existe en el ordenamiento jurídico colombiano son los numerales 15 y 16 del Decreto 2153, que están bajo un artículo que se denomina “FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO”. El nombre de los artículos 25 y 26 (MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES y MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS) no existe en el mundo jurídico, en la medida en que lo que hacen esos artículos es modificar DOS numerales de un artículo que ya tiene su propio título, como es el de “FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO”.

Fue un error de técnica legislativa introducirle un título a la modificación de un numeral que está en un artículo que ya cuenta con su propio nombre, por lo cual la referencia a personas naturales o jurídicas nunca debió existir. Pero independientemente de que haya quedado plasmado o no, lo cierto es que lo que modificaron los artículos 25 y 26 fueron dos numerales del artículo 4 del Decreto 2153, que son los que existen en el mundo jurídico y, por consiguiente, el título que debe leerse para efectos interpretativos.

Así, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 aplica a cualquier persona y de cualquier naturaleza que incurra en alguna de las conductas consideradas como violatorias del régimen de libre competencia.

De la misma forma, el numeral 16 de la citada norma indica que su aplicación es respecto de cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, sin exigir una calificación en cuanto a su naturaleza.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria

Sobre este punto el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 señala:

“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. 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.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Adicionalmente, sobre la caducidad respecto de las conductas continuadas o de tracto sucesivo, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“(…)

Ahora bien, siendo la conducta continuada por parte de los demandantes (aspecto este que se analizará más ampliamente en el último punto), **para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.** (…”. (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho encontró demostrado que la conducta anticompetitiva ejecutada por los investigados fue de carácter continuado, en razón de que no fue consumada en un único momento sino que, como quedó ampliamente explicado en líneas precedentes, fue desarrollada a través de varios actos sucesivos en el tiempo que respondieron a una dinámica claramente establecida.

Al tratarse de una conducta continuada de ejecución sucesiva, esta no puede fraccionarse en hechos aislados, como equivocada y convenientemente lo pretenden hacer ver algunos de los investigados para predicar la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia. Se trata entonces de una conducta continuada, o de tracto sucesivo, en la que por ministerio de la ley el término de caducidad cuenta a partir del último acto, el cual en el presente caso y de acuerdo con lo demostrado, data como mínimo de marzo de 2018.

Así las cosas, el argumento expuesto por algunos investigados relacionado con la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria no resulta válido, ya que se encuentra acreditado que el acuerdo colusorio investigado fue ejecutado de manera continuada a través de distintos actos sucesivos en el tiempo, por lo que el término de caducidad en el caso concreto inicia en la fecha en que cesó la conducta (al menos desde marzo de 2018) y no en relación con cada acto individualmente considerado.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Visitas Administrativas – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

En efecto lo afirmado por los investigados no resulta de recibo por cuanto son claras las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en la práctica de visitas administrativas, de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 486 de 2011, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 1. Funciones Generales. (…).

Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones” (Subrayas y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para realizar visitas administrativas de inspección teniendo la potestad de requerir información relacionada con el desarrollo de sus actividades investigativas, esto es solicitar el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio, así como practicar los interrogatorios y testimonios que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

Estas facultades encuentran pleno respaldo en lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-165 de 2019, en el sentido que las visitas de inspección son diligencias administrativas que encuentran fundamento en el inciso 4to del Artículo 15 de la Constitución, el cual faculta a quienes ejercen inspección, vigilancia y control (Superintendencias) a solicitar y examinar documentos privados, sin que ello implique una vulneración al derecho a la intimidad: (...).

Lo anterior también encuentra respaldo en pronunciamientos emitidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como la sentencia del 1 de marzo de 2018, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que señaló que las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio encuentran fundamento en los artículos 333 y 15 de la Constitución Política, el Decreto 4886 de 2011 y el artículo 61 del Código de Comercio. (...).

Teniendo en cuenta lo anterior, se desprenden las siguientes conclusiones sobre el carácter de las pruebas recaudadas en las visitas administrativas:

- No todo tipo de correspondencia electrónica ostenta la naturaleza de personal, ya que hay correos institucionales y correspondencia comercial.
- Que en ciertos correos de tipo comercial se encuentre información personal, ello no altera su naturaleza ni impide su inspección.
- El ejercicio de la función de solicitar correspondencia comercial de los vigilados, no implica afectación al derecho fundamental a la intimidad, ya que el artículo 15 constitucional faculta a la entidad para solicitar la exhibición de tales documentos como órgano de vigilancia, inspección y control.
- En consecuencia, la revisión de información institucional en el marco de un proceso sancionatorio no vulnera los derechos fundamentales y las pruebas así recaudadas no adolecen de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Así las cosas, el Despacho no encuentra de recibo las afirmaciones hechas por los investigados al señalar una supuesta vulneración de sus derechos fundamentales, toda vez que las facultades de esta Superintendencia son claras en cuanto a la práctica de visitas administrativas de inspección teniendo la potestad de requerir información relacionada con el desarrollo de sus actividades investigativas, esto es solicitar el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio, incluyendo el examen de documentos privados, sin que ello implique una vulneración al derecho a la intimidad. (...).