

Radicación: 18-075588 – Caso “RACIONES MILITARES”

Resolución No. 69306 del 29 de octubre de 2020 – Recurso de Reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Actuaciones administrativas adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

[L]a 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.*
- (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.*

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Mercado afectado y caducidad de la facultad sancionatoria – Conductas de carácter continuado

[T]ampoco resulta de aceptación la argumentación que equivocada y convenientemente han pretendido hacer valer de manera reiterada algunos de los sancionados, según la cual el mercado afectado por su conducta se encuentra determinado por cada proceso de adquisición visto de forma separada e independiente, de manera tal que el término de caducidad establecido en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 se contabilice de igual forma.

*[E]l mercado afectado en el presente caso se encuentra determinado precisamente por el acuerdo anticompetitivo celebrado y ejecutado por parte de los sancionados, es decir que corresponde a la totalidad de los procesos de adquisición adelantados por la **ALFM** en la **BMC** para la adquisición de los productos que conforman las raciones militares, durante el periodo de tiempo en el que el mencionado acuerdo tuvo su duración, esto es desde enero de 2011 hasta al menos marzo de 2018. De esta manera el Despacho recuerda a los recurrentes que tratándose de conductas de carácter continuado o de ejecución sucesiva, estas no pueden fraccionarse en hechos aislados y que por ministerio de la ley el término de caducidad cuenta a partir del último acto.*

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio reitera su posición en el sentido que la conducta anticompetitiva establecida en el numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1340 de 2009 (colusión en procesos de contratación del Estado), es una conducta continuada que se perpetúa en el tiempo mientras quienes participan en ella actúan de manera confabulada o mancomunada dentro del respectivo proceso de contratación pública, con la particularidad que en el presente caso el acuerdo colusorio fue ejecutado por los sancionados durante alrededor de 8 años (2011-2018) y a lo largo de 18 procesos de adquisición llevados a cabo durante este periodo, por lo que el término de caducidad cuenta a partir del último acto, el cual data como mínimo de marzo de 2018 por lo demostrado en la presente investigación.

Resolución No. 69306 del 29 de octubre de 2020 – Recurso de Reposición

[D]e conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en las conductas continuadas la caducidad se computa desde “la fecha en que cesa la conducta”. De allí que en las colusiones en procesos de contratación del Estado el término que establece el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Efectos anticompetitivos de la conducta

*[S]e recuerda a los recurrentes que la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en los procesos de contratación pública **está dada por la ley**, por lo cual no le es exigible a la Autoridad verificar los supuestos efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.*

[D]e conformidad con lo dispuesto en el mismo 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, siendo este el efecto anticompetitivo dado por la norma sin que tampoco sea exigible el acreditar otros efectos o daños causados al mercado para que la conducta sea sancionable.

*[E]l acuerdo colusorio celebrado y ejecutado en el presente caso fue también sancionado por “efecto”, por cuanto se encontró demostrado que los agentes de mercado que participaron en el mismo lograron efectivamente la distribución de las adjudicaciones de los contratos que fueron objeto de las negociaciones llevadas a cabo en Mercado de Compras Públicas de la **BMC** para la adquisición de los bienes de características técnicas uniformes (BCTU) que conforman las raciones militares. En consecuencia, al estar acreditado el efecto anticompetitivo exigido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, resulta innecesario en el presente caso probar otros efectos concretos del acuerdo colusorio reprochado.*

El Despacho reitera igualmente que las buenas o malas intenciones de los agentes de mercado investigados no tienen relevancia al momento de establecer responsabilidad administrativa en las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia, (...).

[E]n 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.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Confianza legítima

*[E]n cuanto al argumento relativo a una supuesta confianza legítima generada por el comportamiento de la **ALFM**, este tampoco resulta de recibo por parte del Despacho toda vez que los recurrentes no sustentan en manera alguna cómo se cumplen los presupuestos exigidos en la jurisprudencia constitucional para dar aplicación del mencionado principio en el presente caso. (...)*

[E]n especial lo relacionado con el presupuesto de la “necesidad de preservar el interés público de manera perentoria”, el Despacho no encuentra ningún sustento para que aplique el principio de confianza legítima alegado por los recurrentes. Ello teniendo en cuenta que con su comportamiento colusorio, plenamente demostrado en la presente actuación, los agentes del mercado sancionados desconocieron no solamente el derecho constitucional y colectivo a la libre competencia económica previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, sino también los intereses relacionados con los bienes y los recursos públicos que busca proteger la contratación estatal.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Responsabilidad de las personas facilitadoras

[E]l Despacho reitera lo señalado tanto en la Resolución Sancionatoria como en decisiones anteriores en relación con la conducta de las personas facilitadoras de una conducta anticompetitiva:

“Para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que se cometiera la infracción principal.*
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.*

Resolución No. 69306 del 29 de octubre de 2020 – Recurso de Reposición

- *Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.*

Según lo anterior, esta Superintendencia ha considerado que para vincular y sancionar a una persona por estar involucrada con una conducta anticompetitiva, resulta necesario encontrar dentro de la actuación administrativa pruebas que den cuenta de su conducta activa o pasiva.

Ahora bien, tratándose de conductas pasivas o por omisión, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución e incluso, a quien, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido la existencia de la práctica restrictiva de la competencia.”

[E]l numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, incluye el verbo “tolerar” dentro de los verbos rectores que pueden ser desplegados por las personas vinculadas con un agente infractor del régimen de libre competencia económica.

[E]sta Superintendencia ha señalado que las pruebas para determinar la responsabilidad de las personas facilitadoras identificadas en el transcurso de la actuación administrativa, están relacionadas con el modo en que opera la conducta anticompetitiva. Sobre este punto, el Despacho reitera lo señalado mediante Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015:

“De esta manera, el entender el modus operandi de la infracción sancionada, es dado señalar que la participación de las personas naturales involucradas en la concreción de la conducta no necesariamente corresponde a un comportamiento activo o directo en la ejecución o implementación del cartel, por lo que las únicas pruebas idóneas no son las orientadas a demostrar dicha circunstancia -intervención activa y directa-, sino también aquellas que dan cuenta de un comportamiento pasivo o incluso omisivo, (...)”

[E]l cargo que tienen las personas en la compañía a la cual pertenecen y las funciones propias del mismo, tienen una relevancia especial y constituyen un hecho determinante en la identificación de su responsabilidad, pues existen ciertos cargos que cuentan con deberes legales particulares en el funcionamiento de los agentes del mercado.

*[L]a determinación de la responsabilidad de los investigados no se encuentra delimitada por el simple hecho de encontrarse vinculados con **CATALINSA**, sino que esta se relaciona directamente, en primer lugar, con las funciones propias de los cargos directivos ejercidos en el periodo investigado y, en segundo lugar, con su conducta omisiva frente a las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por la empresa, las cuales debieron haber conocido precisamente por la naturaleza de su cargo y funciones. En consecuencia, la determinación de su responsabilidad en el sentido que toleraron y facilitaron la conducta anticompetitiva reprochada, se encuentra plenamente soportada en la presente actuación.*

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Principio de congruencia

[D]esde el inicio de la presente actuación administrativa se indicó con claridad que, como resultado de la investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio en la decisión final podía referirse a boletines informativos y procesos de selección contractual correspondientes al periodo investigado (2011-2018), no mencionados de manera expresa en la Resolución de Apertura, en la medida que se acreditaran las circunstancias correspondientes con la imputación fáctica y jurídica formulada, sin que ello implicara un desconocimiento al principio de congruencia.

[E]s perfectamente posible, e incluso es lógico, que durante la investigación se encuentren nuevas pruebas que soporten nuevos hechos los cuales pueden dar cuenta del cargo imputado, sin que esto altere la congruencia de la investigación. Así las cosas, para el Despacho el reproche alegado por los recurrentes en sus escritos de reposición sobre una supuesta falta de congruencia carece de sustento por las razones que a continuación se presentan.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esta Superintendencia ha sostenido que pueden incluirse hechos adicionales a los señalados en la Resolución de Apertura de Investigación, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, las pruebas que los soporten se encuentren dentro del Expediente y hayan sido debidamente practicadas. Así, el Despacho ha concluido que añadir hechos que cumplan tales criterios no solo no afecta la congruencia de la decisión sino que es totalmente lógico que ello se presente. De no ser así, la etapa de investigación formal sencillamente no tendría razón de ser.

Resolución No. 69306 del 29 de octubre de 2020 – Recurso de Reposición

Por consiguiente, también esta Superintendencia ha afirmado lo siguiente, lo cual es completamente aplicable para la investigación administrativa objeto de la presente resolución:

“La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la convicción de que su obligación legal es valorar todas las pruebas que obren en el expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone la imputación jurídica y fáctica. Hecho ese ejercicio por parte del juzgador, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas en la Resolución Sancionatoria cumplen con los siguientes requisitos mínimos: (i) hacen parte de las pruebas del expediente; (ii) fueron regular y oportunamente allegadas e incorporadas a la investigación; y (iii) guardan relación con la imputación jurídica y fáctica a que se refiere Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Así mismo, esta Superintendencia ha señalado lo siguiente:

“[E]l argumento carece de todo asidero jurídico en cuanto desconoce la esencia misma del periodo probatorio de la investigación, que es permitir a los investigados controvertir las pruebas que obran en el expediente, aportando o solicitando las que estimen convenientes para esclarecimiento de las conductas imputadas. Sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de Apertura o Pliego de Cargos, es creer, que los periodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas decorativas, innecesarias e inútiles. Al contrario, los esquemas procesales vigentes dan cuenta de que en el proceso o actuación administrativa es dable hacer uso de cualquier prueba aportada en forma legal a la actuación administrativa o judicial, por cualquiera de los sujetos procesales, en virtud, incluso, de los principios de legalidad y de comunidad de la prueba”.

(...)

Aceptar la tesis de los investigados llevaría a la conclusión absurda de que se debería prescindir del periodo probatorio por cuanto las pruebas practicadas con posterioridad a la apertura de la investigación serían inexistentes para la Autoridad”. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, para el Despacho, en línea con la doctrina de esta Superintendencia, la cual, a su vez, se soporta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es claro que sí pueden incluirse nuevos hechos en la Resolución Sancionatoria, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, y las pruebas que los soporten se encuentren dentro del Expediente con la posibilidad de haber sido controvertidas, tal y como ha sucedido en la presente actuación administrativa.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Responsabilidad objetiva

[S]e reitera nuevamente lo señalado tanto en la Resolución Sancionatoria como 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 (...)”.