

Radicación: 18-325410 – Caso “HOSPITAL MILITAR”

Resolución No. 35082 del 6 de julio de 2020

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

*[E]stas prácticas comprenden los carteles empresariales y los actos de abuso de posición dominante en el mercado. Según la **OCDE**, los carteles empresariales constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros.*

Por su parte, la adecuada ejecución de las contrataciones estatales a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permite el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección y, con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado.

[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, se requiere de un comportamiento en el que 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. (...).

*[L]o que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que 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.

[C]ualquier 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 en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal.

[E]sta Superintendencia ha identificado, gracias a su propia experiencia y con apoyo en la doctrina y jurisprudencia internacional, que los proponentes en colusión pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas que 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) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas.

*En línea con lo expresado por la **OCDE**, esta Superintendencia ha identificado una serie de señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria:*

Resolución No. 35082 del 6 de julio de 2020

- *Cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.*
- *Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.*
- *Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.*
- *Similitud de errores en la propuesta.*
- *Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.*
- *Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.*
- *Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.*
- *Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.*
- *Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.*
- *El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.*
- *Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.*
- *Retiro sistemático de proponentes al proceso.*
- *Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.*
- *Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.*
- *Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.*
- *Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.*

Así mismo, esta Superintendencia ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación:

- *Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.*
- *Supresión de ofertas o no presentación de estas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.*
- *Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.*
- *Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.*

Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual:

- *Pocos proveedores del bien o servicio a contratar.*
- *Necesidad periódica de adquirir el bien o servicio.*
- *Pocos sustitutos que puedan satisfacer la necesidad de la entidad contratante.*
- *La inexistencia o poco cambio tecnológico.*
- *Estabilidad en formatos y formas de evaluación.*
- *Fijación de barreras innecesarias a la entrada por medio de requisitos excesivos.*
- *Facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales–.*

Resolución No. 35082 del 6 de julio de 2020

- *Uso de fórmulas de fácil manipulación, o muy sensibles a ofertas irracionales.*

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Mercado afectado por la conducta colusoria

[E]l mercado afectado en casos que involucran licitaciones públicas corresponde a cada proceso licitatorio analizado. Lo anterior, toda vez que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado sean personas naturales o jurídicas, que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar. Específicamente, en la Resolución No. 40875 de 2013, se indicó:

“Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección”.

Esta posición, según la cual en casos que involucran procesos de contratación pública el mercado afectado es el proceso contractual mismo, no es propia o exclusiva de la autoridad colombiana, sino que corresponde con los pronunciamientos de otras agencias de competencia a nivel internacional. Así, en decisión No. 10-D-05 de 27 de enero de 2010, relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, la autoridad francesa señaló:

*“De manera constante, **cada mercado público que pasa por un procedimiento de solicitud de ofertas constituye un mercado pertinente**. Tal mercado es el resultado de la confrontación entre la demanda de quien necesita la obra y de las propuestas hechas por los candidatos que responden a dicha solicitud” (Traducción libre, subraya y negrilla fuera de texto).*

*En el mismo sentido se refirió el **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA** de Chile, quien estableció en la Sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, que en los casos de colusión en licitaciones públicas el mercado afectado es determinado por cada concurso específico en el cual se presentó la conducta investigada. Puntualmente señaló lo siguiente:*

*“(…) a juicio de este Tribunal, en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso (...). Dadas las características del proceso de licitación especificadas anteriormente, es posible señalar que **el mercado relevante corresponde a un concurso específico**, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso.*

(...)

*[E]ste Tribunal comparte el criterio de **definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (...), en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado** ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

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

[E]ste 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. De tal suerte, no debe entenderse bajo ningún punto de vista que esta Entidad se encuentra censurando por sí misma la preexistencia de relaciones personales y comerciales.

*Sin embargo, sí debe mencionarse 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, tales como tener el mismo contador, asegurador, pólizas expedidas consecutivamente, etc., pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión.*

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

[E]l 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

Resolución No. 35082 del 6 de julio de 2020

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”.

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.

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.

[E]l 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).

En esta línea, se reitera lo dicho en la Resolución 26266 de 2019 de esta Superintendencia en cuanto a 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. El anterior entendimiento resulta corroborado por el propio Consejo de Estado al considerar que:

“Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, **la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa**, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas” (Negrilla fuera de texto original).

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:

“(…) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (…)”(Subrayado fuera de texto original).

[E]n el supuesto de un acuerdo anticompetitivo **por objeto**, solo será necesario probar la efectiva existencia de este para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre competencia en Colombia.

Resolución No. 35082 del 6 de julio de 2020

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - Utilización de facilidades comunes - Formatos y plantillas empleados en las propuestas

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio se ha referido al concepto de facilidad común presente en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 en la Resolución No. 91153 de 2018, en la que señaló:

“Al respecto, hay que recordar que el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 dispone una de las excepciones establecidas en la ley para la aplicación del régimen de libre competencia, a saber, los acuerdos que recaigan sobre procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.”

En este sentido, es importante mencionar que esta Superintendencia ha sido enfática en reconocer que para la aplicación de la mencionada excepción es indispensable la existencia de una facilidad común, entendida esta última como cualquier bien o servicio que, no perteneciendo privativamente a uno o más competidores, puede ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado”. (Subraya fuera de texto).

Posición también sustentada en la Resolución No. 23890 de 2011 donde esta Superintendencia manifestó:

“Por último, de acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluir principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, concepto que no puede ser confundido con el de facilidad esencial al que ya se ha referido este Despacho en el presente acto administrativo, descartando su aplicación en el caso bajo estudio.

En efecto, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “común” hace referencia a una cosa “Que no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios” (Subrayado). De esta manera, se deduce que aquellas facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.

La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes”. (Subraya fuera de texto).

Con base en lo expuesto, las observaciones presentadas no prosperan porque la evidencia expuesta de lejos permite sustentar que el esquema anticompetitivo de ninguna manera buscó generar eficiencias para todos los competidores y consumidores, por lo cual las plantillas y formatos empleados en este no son facilidades comunes.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA -- Análisis indiciario en casos de colusión en procesos de contratación pública

[E]n los casos de colusión la prueba indiciaria no solo otorga certeza probatoria sino que juega un papel fundamental, en la medida en que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, precisamente por el carácter usualmente secreto de las mismas.

Lo anterior, según lo señala también la **OCDE**, se ha traducido en que estos agentes actúen “por debajo de los radares”, de tal manera que cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

[E]n Estados Unidos los tribunales han condenado por colusión diferentes conductas sobre la base de prueba indirecta. Como señala el profesor y abogado practicante Irving Scher “puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva”. Lo anterior ha sido confirmado por el juez Richard Posner, quien ha señalado que “la mayoría de los casos son construidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial”.

Por último, el Código General del Proceso en su artículo 165 consagra a los indicios como un medio de prueba independiente al ser un medio probatorio útil para la formación del convencimiento.