

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Acuerdos contrarios a la libre competencia – Colusión en procesos de contratación pública.

[L]a libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

[L]as conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc.

*[E]stos beneficios de la libre competencia económica se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas conductas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia económica, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos sino de unos pocos. Estas 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.*

[L]a 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. 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”.

[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.

[E]ste 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.

Resolución No. 52770 del 8 de octubre de 2019

[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:

- *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 las mismas 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.*

Resolución No. 52770 del 8 de octubre de 2019

- *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–.*
- *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).*

Resolución No. 52770 del 8 de octubre de 2019

Por lo anterior, en el presente caso, los mercados afectados corresponden a los 14 procesos de selección de la **ALCALDÍA DE BUCARAMANGA** en los que participaron los investigados en los que se materializó el sistema restrictivo de la competencia.

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. Al respecto, es importante dejar claro que, en efecto, no solo es natural y legal que empresas que hayan participado en calidad de consorcios o uniones temporales en diferentes procesos de selección, se presenten en procesos posteriores como competidores, sino que es una práctica altamente común. De tal suerte, no debe entenderse bajo ningún punto de vista que esta Entidad se encuentra censurando por sí misma la realización de consorcios o cualquier otra figura asociativa autorizada por la ley, que en muchas ocasiones, por el contrario, resulta altamente eficiente y pro competitivo. Tampoco, que se encuentra censurando la preexistencia de relaciones personales, comerciales o profesionales.

Sin embargo, sí es obligación de este Despacho mencionar 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, pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión.

[E]n el presente caso este Despacho dio cuenta de la existencia de evidencia que demuestra que los investigados han tenido relaciones personales y profesionales en el pasado, la cual, al ser acumulada al acervo probatorio, permite ubicar la conducta investigada en el escenario que llevó a demostrar un acuerdo anticompetitivo entre estos.

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

Sobre el argumento relacionado con la realización de un allanamiento o diligencia de registro, debe indicarse que la Constitución Política estableció en el inciso 4 del artículo 15 que el derecho fundamental a la intimidad no es absoluto:

“Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

(...)

Para efectos tributarios o judiciales y **para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley**”. (Negrilla fuera de texto).

[L]os numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 y el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, este último en concordancia con el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, confieren a esta Superintendencia la función de practicar pruebas de inspección, testimonios y exhibición de libros y papeles del comerciante, así como la función de iniciar e instruir averiguaciones preliminares e investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia. De modo que, esta Superintendencia se encuentra facultada para realizar vistas administrativas dentro de sus facultades de inspección, vigilancia y control.

[L]as visitas son adelantadas por servidores públicos de la Delegatura para la Protección de la Competencia y su fin es recaudar las pruebas que sean conducentes, útiles y pertinentes para verificar que las personas vigiladas estén cumpliendo con lo establecido en el régimen de la libre competencia económica. Ya que, tal y como lo reafirmó la Corte Constitucional, “las visitas de inspección son diligencias administrativas en las que la SIC recauda diferentes elementos probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC”.

Con base en lo dicho, las visitas administrativas adelantadas en los domicilios de los agentes de mercado investigados, en los términos legales, los cuales fueron reiterados por la Corte Constitucional, no constituyeron un registro o allanamiento sino el desarrollo de las facultades de esta Superintendencia.

[I]ndependientemente de si el motivo o causa por la cual los investigados autorizaron el acceso y la extracción de la información contenida en sus equipos fue por prevención a la posible sanción que pudiera imponer esta Superintendencia por no acatar en debida forma las instrucciones impartidas, lo cierto es que lo hicieron de manera voluntaria.

Resolución No. 52770 del 8 de octubre de 2019

Frente a este punto la Corte Constitucional señaló que en el marco de una visita de inspección administrativa, el administrado:

“[P]uede negarse a su realización y, en ese caso, serán aplicables las consecuencias jurídicas que prevé el ordenamiento. Se trata de una situación sustancialmente diferente a la que se configura cuando se adopta la decisión de practicar un allanamiento en materia penal dado que, en esos eventos, resulta procedente la aplicación de la fuerza a fin de practicar la diligencia respectiva”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

[B]ien hubieran podido los investigados –inspeccionados para ese momento– no autorizar a la Superintendencia de Industria y Comercio a acceder y copiar la información contenida en los dispositivos y correos de los cuales ellos eran sus titulares. Por ende, el argumento propuesto no tiene fundamento alguno.

Por otro lado, los investigados solicitaron la nulidad de lo actuado y de las pruebas recaudadas en la visita administrativa argumentando que la Delegatura extrajo sin orden judicial ni autorización la información personal tanto de dispositivos empresariales como de carácter personal.

En primer lugar, tal y como se expuso en líneas pasadas, en virtud de sus facultades de inspección, vigilancia y control, esta Superintendencia está facultada para “(...) (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) 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 (...)”.

En segundo lugar, la información recaudada en las visitas realizadas se obtuvo con autorización expresa de los investigados y, según se desprende de la lectura de las actas de visita administrativa, frente a la información electrónica recaudada se cumplió con el procedimiento forense que garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información, así como el anclaje de cadena de custodia.

[D]e conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999, esta Superintendencia en desarrollo de las visitas administrativas adelantadas en el marco de la averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la competencia garantiza: (i) la confiabilidad en la forma en que se ha conservado la integridad de la información electrónica recaudada, identificando plenamente su iniciador, así como cualquier otro factor pertinente en la cadena de custodia y, (ii) la confiabilidad en la forma en la que se haya generado o archivado la información electrónica.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de autoridad administrativa con facultades de inspección, vigilancia y control en relación con el régimen de protección de la libre competencia económica, está facultada para solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

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

[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.

[E]sta 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).

Resolución No. 52770 del 8 de octubre de 2019

*[E]ste Despacho encuentra que la defensa de los investigados desconoce por completo que en el supuesto de un acuerdo anticompetitivo **por objeto**, solo será necesario probar la efectiva existencia del mismo para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre competencia en Colombia.*

[E]ste 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. (...).

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Responsabilidad de las personas facilitadoras de la conducta anticompetitiva

[E]ste Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción.

[P]ara que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural 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 en el curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- *Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.*
- *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.*
- *Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer 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.*

En relación con este último escenario, cobra especial relevancia en el análisis: (i) quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, recaen unos deberes fiduciarios y (ii) quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, esta Superintendencia analizará las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran conocer, o al menos debieran realizar las gestiones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.