

**Radicación: 15-168073 – Caso “ELENCO - ELECTRO”**

**Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.**

**RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Prácticas restrictivas de la competencia en procesos de contratación estatal**

*[L]a libre competencia económica resulta de especial relevancia en el marco de la contratación estatal, caso en el cual, el Estado colombiano a través de sus diferentes entidades o agencias actúa como consumidor de bienes y servicios. En otras palabras, la libre competencia económica debe estar presente en todos y cada uno de los procesos de selección –independientemente de la modalidad que se adelante – con la finalidad de (i) garantizar la transparencia y sana rivalidad de quienes actúan como proponentes y (ii) que el Estado permita satisfacer su necesidad a través del contratista que resulte más apto e idóneo para cumplir con el objeto contractual. De ahí que, las conductas anticompetitivas que se presenten en el marco de un proceso de selección adelantado por una entidad estatal tengan “un alto impacto negativo, por cuanto que no sólo vulneran ese bien jurídico, sino también los bienes públicos”. En tal sentido, como lo ha referido esta Superintendencia en reiteradas ocasiones, una práctica restrictiva al interior de un proceso de selección pública genera los siguientes efectos:*

*“(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) se pueden incrementar 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 infractores”.*

*[S]e han identificado algunos factores que sirven como indicios para la Autoridad de Competencia para determinar si, dentro de un proceso de selección pudo haberse presentado una práctica restrictiva de la libre competencia, dentro de los cuales se encuentran: (i) el intercambio de información sensible sobre las posturas de cada oferente, (ii) la abstención o no de algún proponente de presentar propuesta, (iii) el retiro de la oferta por parte de un proponente, (iv) la presentación de propuestas destinadas al fracaso –propuestas complementarias–, (v) repartición de contratos en distintas licitaciones a lo largo del tiempo y, (iv) presentación de pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad obedecen a los mismos intereses económicos. El último factor identificado ocurre cuando “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”.*

*[E]l derecho colectivo a la libre competencia económica debe ser garantizado por el Estado en la medida en que asegura el mantenimiento del modelo de economía social de mercado. Esta función es cumplida por la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que se encuentra legalmente facultada para intervenir en los mercados para verificar el estricto cumplimiento de la ley y en ese orden de ideas asegurar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*

*[E]sta Superintendencia, en lo que respecta a los procedimientos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la libre competencia, aplica las normas jurídicas que integran el régimen de la libre competencia económica y, de manera subsidiaria el CPACA y el CGP. Por su parte, las conductas restrictivas de la competencia en el marco de la contratación estatal tienen un alto impacto negativo, en la medida en que afectan distintos intereses jurídicos, así como los bienes públicos, generando distintos efectos. A su vez, un factor que permite a la Autoridad determinar la posible existencia de una de las referidas conductas es la presentación de una pluralidad de propuestas aparentemente independientes, cuando en realidad obedecen a los mismos intereses económicos, situación que puede deberse a que las empresas hagan parte del mismo grupo de interés económico.*

**PROHIBICIÓN GENERAL – Conductas que la configuran**

*[E]sta Superintendencia y la propia Corte Constitucional han identificado tres prohibiciones independientes que surgen de lo establecido en la prohibición general:*

*“(i) [L]a prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros, (ii) **la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia** y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos”. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

*Así las cosas, es evidente que la prohibición general puede ser imputada a uno o varios agentes de mercado que realicen cualquier clase de práctica o procedimiento o estructuren un sistema tendiente a limitar la libre competencia. Teniendo en cuenta esto, pasa el Despacho a analizar la conducta desplegada en el caso concreto para determinar si los agentes de mercado investigados en efecto incurrieron en alguno de los comportamientos establecidos en la prohibición general.*

Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.

### PROHIBICIÓN GENERAL – Control competitivo

*El control competitivo que una persona o agente de mercado ejerce sobre otro agente encuadra en la conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Esto quiere decir que, en caso de verificarse una situación de control competitivo sobre dos o más agentes que aparentan competencia en el mercado, se estaría ejecutando una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia. En este sentido, el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define control como “[l]a posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”. De esta forma, como lo ha establecido en forma reiterada esta Superintendencia,*

*“el control competitivo hace referencia a la posibilidad de influir en las decisiones de otro agente de mercado, que estén relacionadas con la forma en que este última se comporta en el mercado. Ejemplos de lo anterior incluyen, pero no se limitan a, 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”.*

*[E]l hecho que un agente de mercado controle el desempeño de otro agente o agentes dentro de un mismo mercado está dado por la posibilidad de impactar o determinar las decisiones relacionadas con la actividad empresarial como un todo. En virtud de esto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido como elemento fundamental de la definición del concepto de control el hecho que un agente de mercado tenga la posibilidad de determinar o influenciar el desempeño competitivo de otro. Esta situación debe ser analizada por la Autoridad teniendo en cuenta la relación real entre los agentes, independientemente del vínculo jurídico económico que exista entre ellos. De esta forma, “se adquiere control sobre una empresa “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”. En este entendido, la sola posibilidad de influenciar, conforme lo estipula el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es suficiente para que exista control competitivo, de acuerdo con las normas del derecho de la competencia en Colombia.*

*La posibilidad de influenciar debe analizarse dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas sobre las cuales recaiga el estudio. Así, por ejemplo, en caso de tratarse 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.*

*Lo anterior se encuentra en línea con las posturas internacionales en la materia. Así, el Reglamento del Consejo (CE) de la Unión Europea No. 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento Comunitario de Concentraciones”), establece en su artículo 3 (2) que: “El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa”. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

*Teniendo en cuenta lo que debe entenderse por control competitivo, es relevante señalar que este no en todos los casos coincide con un control societario. Es decir, son fenómenos independientes. (...).*

*[E]l control en materia societaria tiene que ver con que una sociedad se encuentre sometida a la voluntad de otra u otras personas, caso en el cual la primera se denominará filial o subsidiaria (dependiendo de si el control es directo o indirecto) y la segunda matriz o controlante. Frente a esto deben tenerse en cuenta las presunciones de subordinación de una sociedad contenidas en el artículo 261 del Código de Comercio.*

*En consecuencia, como ha sido establecido por esta Superintendencia,*

*“el concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con la propiedad de una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, ni con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de una empresa, ni con aparecer vinculados formalmente. Por el contrario, el control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una persona natural o jurídica tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.*

*Por lo anterior, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de la competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto bajo el entendido que una empresa puede*

**Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.**

*no tener el control societario de otra, en los términos mencionados de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, más sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, obteniendo así control desde el punto de vista del derecho de la competencia”.*

*[E]n la mayoría de casos en los que hay situación de control societario existe control competitivo. No obstante, puede ocurrir que la Superintendencia de Industria y Comercio encuentre probado el control competitivo de un agente de mercado sobre otro u otros sin que ello implique la existencia de un control societario que haya debido ser declarado previamente por las sociedades o por la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**. De esto se desprende que, el hecho de existir control competitivo no genera los efectos propios de la subordinación societaria con sus respectivas obligaciones.*

*[E]l concepto de control competitivo difiere del control societario por cuanto está determinado por la posibilidad que tiene un agente de mercado de impactar o determinar las decisiones relacionadas con la actividad empresarial de otro agente. Así, el control competitivo debe ser verificado por la Autoridad de Competencia en cada caso concreto, a partir del cual se podrá concluir si uno o varios agentes de mercado pudieron haber limitado la libre competencia económica valiéndose de esa situación particular.*

**PROHIBICIÓN GENERAL** – Idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia – Efectos explotativos de la conducta

*[E]l régimen de libre competencia económica, en el contexto de la contratación estatal, tiene como uno de sus propósitos el que todas las personas que deseen participar de un proceso de selección (proponentes) puedan acceder con igualdad de oportunidades a formular sus ofertas y, además, que de ese ejercicio de autonomía y de sana rivalidad se obtengan las mejores condiciones de contratación para el Estado.*

*En línea con lo anterior, los comportamientos de los proponentes, encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de la **licitación pública No. 0070005635** adelantada por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** para incrementar las probabilidades de resultar adjudicatario del proceso, constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica. Lo anterior, debido a que un comportamiento de esa naturaleza resulta idóneo para impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que sean parte en dicho proceso.*

*[L]os agentes del mercado que desarrollen una conducta como la descrita podrían incrementar artificial e ilegítimamente la probabilidad de resultar favorecidos por el mecanismo de evaluación previsto en el proceso de selección correspondiente, en detrimento de las probabilidades con que contarían sus competidores efectivos. En consecuencia, la conducta resulta a todas luces inconveniente en términos de transparencia e igualdad.*

*[C]omportamientos como el que aquí se analiza podrían también resultar idóneos para impedir que la oferta elegida sea aquella que ofrezca las mejores condiciones para el Estado. Esto, por cuanto el comportamiento coordinado de los proponentes conduce, en la práctica, a una selección distorsionada que desvía la elección de las mejores ofertas al reducir sus posibilidades de ser seleccionadas, en últimas, provocando condiciones menos favorables para la entidad contratante.*

*[E]l comportamiento anteriormente descrito es reprochable porque, además de violar el régimen de competencia económica, implica un desconocimiento de los fines y principios que gobiernan los procesos de contratación pública.*

*[P]rincipios como la igualdad y la selección objetiva encuentran fundamento en consideraciones de la libre competencia económica, en la medida en que se apoyan en la libertad de acceso para los proponentes, en la transparencia en materia de requisitos y condiciones, y en la existencia de una sana rivalidad que conduzca a la selección de la mejor oferta para las entidades contratantes. De ahí la importancia de su consideración y análisis al momento de evaluar conductas anticompetitivas en el marco de procesos de contratación estatal.*

*[C]omo ya lo ha manifestado esta Superintendencia en ocasiones anteriores, la participación de agentes en procesos de selección que se hacen pasar como competidores independientes y autónomos sin serlo en realidad, tiene la potencialidad de generar efectos nocivos en cualquier tipo de proceso. Lo anterior dado que dichas conductas pueden (i) afectar el buen y justo arbitrio de la entidad contratante, la cual parte de la premisa de que existió una sana y transparente rivalidad entre los proponentes y, así (ii) disminuir de manera ilegítima las probabilidades de que los demás participantes, realmente autónomos entre sí, resulten ganadores en un respectivo proceso de selección.*

*Por lo tanto, una conducta como la descrita en el presente acto generó efectos explotativos y exclusorios al interior del proceso de selección objeto de investigación. Esto quiere decir que el sistema reprochado resulta violatorio del régimen de libre competencia económica en la medida en que la conducta estaría impidiendo, por*

**Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.**

*un lado, que otros agentes, que ejercen mayor presión competitiva, sean adjudicatarios y, por otro lado, que el precio de los bienes y servicios comprados por la entidad demandante sea la mejor opción de compra (mejor relación precio/calidad) dado que fue manipulado el método de selección.*

**PROHIBICIÓN GENERAL – Principios de legalidad y tipicidad – Imputación a personas facilitadoras de la conducta**

*Teniendo en cuenta el precedente constitucional, la prohibición general “no es una prohibición aislada, sino que forma parte del “régimen general de protección de la competencia”, establecido por el legislador en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, norma que además determina los componentes de ese régimen, al señalar que está constituido por “La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y la demás disposiciones que las modifiquen o adicionen”. Bajo este entendido, la Superintendencia de Industria y Comercio, de no encontrar que la posible conducta anticompetitiva se encuentre descrita de manera íntegra en alguna de las normas que hacen parte del régimen de la libre competencia puede acudir a la prohibición general.*

*[L]a Delegatura imputó a **OFFILINE** la contravención a dicha prohibición general, en la medida en que consideró que el comportamiento desplegado a lo largo de la etapa precontractual del proceso de licitación pública adelantado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** pudo haber incurrido en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia, imputación que se ha mantenido incólume hasta la presentación del Informe Motivado y por la cual se decidirá sancionar a este agente de mercado.*

*En segundo lugar, respecto de la situación de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS**, a este investigado le fue imputada la conducta descrita en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que la Delegatura consideró que, en su calidad de representante legal de **OFFILINE** este pudo haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva realizada por **OFFILINE**. En ese sentido, como se demostró que **OFFILINE** en efecto había incurrido en una conducta restrictiva del régimen de la libre competencia económica, se revisó el comportamiento de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS**, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el Expediente y se arribó a la conclusión de que este habría colaborado, facilitado y tolerado actos para la correcta materialización de la conducta violatoria de la prohibición general de competencia.*

*Dicha imputación tampoco viola el principio de tipicidad en la medida en que el legislador, en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 señaló de manera clara, específica y expresa los hechos constitutivos de la conducta reprochada por la Autoridad de Competencia. En esa medida, la Superintendencia de Industria y Comercio puede imputar a una persona natural vinculada a un agente de mercado la conducta contenida en el ese artículo.*

**PROHIBICIÓN GENERAL – Elementos subjetivos de la conducta – No exigencia de culpabilidad**

*[E]l artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no establece la exigencia de que quien incurra en la prohibición lo deba hacer con culpabilidad así como que la expresión tendiente a, contenida en ese artículo, tiene los mismos efectos que tiene una conducta por objeto.*

*[L]a prohibición general del régimen de la libre competencia, consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, establece que toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia se encuentran proscritas en Colombia. Como de la interpretación literal del artículo se observa, en ningún momento se estableció que la ejecución o puesta en marcha de esas conductas tuviera que hacerse con culpabilidad. En otras palabras, la misma prohibición no estableció que un elemento configurativo de la responsabilidad para que se entienda que una persona violó dicha prohibición era la culpabilidad.*

*[D]e la misma lectura del artículo es posible anotar que el legislador estableció que la prohibición era frente a “toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas **tendientes a** limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos” (Subraya y negrilla fuera de texto). La expresión tendientes a se traduce en que no se requiere la intención de los agentes o la concreción de un resultado para que la prohibición se entienda violada. De esta forma puede aseverarse que el concepto tendiente a debe entenderse de la misma forma que el concepto por objeto. Así las cosas, ambas expresiones se traducen como el fin o intento a que se dirige o encamina determinada acción. En este entendido, la prohibición general prohíbe todo tipo de prácticas, procedimientos o sistemas que tengan como objeto limitar la libre competencia y así, al ser unas conductas que reprocha el ordenamiento que no requieren de la consumación de un resultado o efecto la intención de los agentes no es un elemento configurativo de la responsabilidad. La Superintendencia de Industria y Comercio ha referido “que la implicación de las denominadas conductas “por objeto” recae específicamente en el hecho que la Autoridad no solo no está en la obligación de establecer los efectos de la conducta en el mercado, sino que tampoco está en la obligación de determinar la **intención** de los investigados” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

*De esta forma, para conductas tipificadas como acuerdos anticompetitivos, que en la formulación normativa contienen la expresión por objeto, se ha establecido que:*

Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.

“[S]e ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. **Así, la intención o propósito no es un elemento que deba tenerse en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción**”.

(...)

“[E]l régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene **la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado**” (Subraya y negrilla fuera de texto).

En la misma manera esta Superintendencia ha reiterado que:

“[A] tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.

Hay que resaltar que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia y doctrina internacional experta en la materia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en “determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, **por su propia naturaleza**, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”, razón por la cual “[...] aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo [por objeto] actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, [...], tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición” (Subraya y negrilla fuera de texto).

#### **PROHIBICIÓN GENERAL – Diferencias con la competencia desleal**

[L]a libre competencia económica y la competencia desleal están regulados por normas diferentes. Debe advertirse como primera medida que el interés jurídico tutelado por cada una de esas normas es distinto. Así, a través del régimen de la libre competencia económica se busca proteger el derecho colectivo a la libre competencia económica en cumplimiento de tres propósitos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica, mientras que el régimen de competencia desleal busca garantizar la lealtad de los agentes que participan en el mercado, y en este sentido busca cumplir con un propósito: garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado. Es decir, el primero busca proteger un interés general, mientras que el segundo uno particular.

[L]a competencia desleal se encuentra regulada de manera exclusiva por la Ley 256 de 1996, en la cual se estableció una prohibición general y unas prohibiciones especiales. A su vez, la misma ley consagró el escenario procesal que se desplegaría en caso tal de existir una violación a cualquiera de esas prohibiciones. Así, se estableció la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición, acciones de carácter judicial. Es decir, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para conocer de ese tipo de acciones lo hace a través de sus funciones jurisdiccionales que se encuentran en cabeza de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. (...).

[L]a protección de la libre competencia como derecho colectivo, protege un interés público, en la cual el Estado está facultado para intervenir en los mercados nacionales con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones normativas de ese régimen. En caso tal de encontrar una posible violación al régimen de la libre competencia económica el Estado, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio que es la Autoridad nacional de Competencia, adelanta un procedimiento administrativo sancionatorio que se encuentra establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Mercado afecto por la conducta**

*[E]n el caso de prácticas restrictivas de la libre competencia ejecutadas al interior de procesos de contratación pública el mercado relevante es el proceso de selección en sí mismo, puesto que el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de agentes económicos (proponentes). Al respecto esta Entidad ha indicado que:*

*“[A] diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes”.*

*De tal forma que la competencia será entre los proponentes –personas jurídicas o naturales, promesas de sociedad futuras, consorcios, uniones temporales– que presenten propuesta para participar del proceso de selección. Frente a esta situación, la Superintendencia de Industria y Comercio ha referido que:*

*“[E]n 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”.*

*[E]sta posición se encuentra en línea con la de agencias de competencia tales como la francesa y chilena*

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general – Principio de buena fe**

*“[I]as relaciones entre sujetos jurídicos debe estar regida por el principio de buena fe, lo que implica de una parte, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas y, de otra, el derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma”. Es decir, el principio de la buena fe tiene dos concepciones diferentes. La primera relacionada con la creencia que tiene el sujeto que despliega la conducta de que ella se encuentra ajustada a derecho, motivo por el cual procede con lealtad en las relaciones jurídicas y la segunda vinculada con el hecho de que una persona tiene el derecho a esperar que la otra parte de la relación se comporte de la misma manera que esta.*

*[E]xiste una aproximación subjetiva y una objetiva de la buena fe en las relaciones contractuales, siendo la segunda la que efectivamente se convierte en un parámetro de conducta dentro del tráfico mercantil. Teniendo claridad sobre el concepto de buena fe, también resulta relevante señalar que para regular algunas actuaciones de los particulares siempre se deba partir de la buena fe, así deberá ponderarse principios que pueden entrar en conflicto con el de la buena fe, tales como la seguridad jurídica y el interés general.*

*Con fundamento en el desarrollo del principio de la buena fe como parte integral de la autonomía de la voluntad privada en las diversas relaciones comerciales entre particulares, debe afirmarse que este no puede ser excusa para violar el régimen de la libre competencia, más si se tiene en cuenta que las normas integrantes de este régimen son leyes imperativas.*

*Así las cosas, pierde de vista **CONAR** que, en virtud del documento de constitución de la unión temporal **UT ELEN-CO**, se generó una relación contractual entre **CONAR** y **ELENCO**, debiendo afirmar que, si bien la confianza y buena fe son principios aplicables a esa relación, estos no son absolutos y no pueden constituirse como una excusa para haber contravenido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.*

**PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – Responsabilidad de las personas facilitadoras de la conducta**

*[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. Se ha establecido que 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 dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:*

**Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.**

- *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, y 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.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Debido proceso administrativo - Principio de congruencia**

*[E]l máximo Tribunal de lo contencioso administrativo ha establecido que el principio de congruencia en procesos administrativos sancionatorios está relacionado con que la administración establezca de manera clara la imputación fáctica y jurídica en el pliego de cargos y que la decisión que adopta la administración se encuentre en consonancia con esta. (...).*

*De conformidad con lo que ha establecido el Consejo de Estado, lo primero que debe advertirse es que en el presente proceso sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia no se ha expedido previamente una decisión que pone fin a la actuación, esa decisión es la que se toma en el presente acto. Así las cosas, no es posible aseverar que el Informe Motivado vulnera el principio de congruencia, pues este no es el acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa, es la mera recomendación que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presenta al Superintendente de Industria y Comercio frente a la posible comisión de prácticas violatorias del régimen de la libre competencia por parte de unos agentes de mercado y unas personas naturales vinculadas a esos agentes. En esa medida, no es posible que el principio de congruencia, como integrante del debido proceso, haya sido violado por la Superintendencia de Industria y Comercio.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Debido proceso administrativo – Presunción de inocencia**

*La presunción de inocencia es uno de los derechos que conforma el debido proceso, aplicable a toda actuación judicial y administrativa conforme lo indicado por el artículo 29 Superior. Conforme lo establecido por la Corte Constitucional, la presunción de inocencia se traduce en que:*

*“[C]ualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad”.*

*Bajo ese entendido, son tres las características inherentes a ese derecho, “(i) se trata de un derecho fundamental, (ii) es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas”.*

*A su vez, es un derecho que pierde vigencia una vez la administración profiere la decisión definitiva que resuelve la actuación.*

*Teniendo claro el contenido de la presunción de inocencia, no encuentra el Despacho que la Delegatura haya violado tal derecho, por cuanto en el Informe Motivado se presentaron pruebas que le permitieron a la Delegatura arribar a conclusiones que se materializaron en la recomendación de sancionar a los investigados dentro del presente trámite.*

*[T]ales afirmaciones, contenidas en la recomendación emitida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, no constituyen un juicio de valor previo a la decisión definitiva, en la medida en que quien toma la decisión definitiva en un proceso de prácticas restrictivas de la libre competencia es el Superintendente de Industria y Comercio.*

*[E]l proceso administrativo por prácticas restrictivas de la libre competencia tiene tres etapas: (i) etapa preliminar o de averiguación preliminar, (ii) etapa de investigación y (iii) etapa de decisión. Cada una de estas etapas tiene ciertas características y particularidades. Al respecto la Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que:*

**Resolución No. 54338 del 15 de octubre del de 2019.**

“La primera de las etapas va desde el momento en que se presenta la queja, denuncia o la solicitud de acceso al **PBC** hasta el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia formula pliego de cargos e inicia una investigación formal o hasta el momento en que este profiera una resolución de archivo. Desde ese momento, es decir, una vez iniciada la actuación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio puede hacer uso de las facultades otorgadas por el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, especialmente las previstas en los numerales 62, 63 y 64.

(...)

La segunda etapa (etapa de investigación), va desde el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia abre formalmente la investigación, formula pliego de cargos y vincula a las personas que presuntamente infringieron las normas sobre libre competencia hasta que presenta el informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio, en el cual recomienda sancionar o archivar la investigación en favor de los agentes y/o personas investigadas. En el marco de esta los investigados tienen la oportunidad de defenderse –presentando sus descargos–, solicitar y aportar pruebas y, de manera posterior, contradecir y desvirtuar las pruebas que en su contra existan. Es entonces durante esta etapa que se da el debate probatorio.

Finalmente, la etapa de decisión es la que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio y en la cual este expide el acto administrativo que decide la actuación administrativa, previa sesión del Consejo Asesor de Competencia en caso que haya lugar a sanción. Esa decisión puede ser de sanción o de archivo de la investigación, frente a la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario”.

En este orden de ideas, las dos primeras etapas son cumplidas por el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y la tercera por el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Es decir, dentro de la potestad de la libre configuración legislativa, el legislador estableció las funciones que serían cumplidas por cada una de esas áreas de la Superintendencia de Industria y Comercio, esto quedó establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 19 de 2012.

En consecuencia, son dos funcionarios diferentes quienes, a través de sus despachos, intervienen en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia. En este sentido, y teniendo claro el contenido del Informe Motivado (recomendación), este documento no constituye de ninguna manera un pronunciamiento o juicio de valor previo a la adopción de la decisión final por parte del Superintendente de Industria y Comercio.

[E]l principio del *in dubio pro reo* es aplicable en materia penal en los casos en que la presunción de inocencia no pueda ser desvirtuada con plena certeza más allá de toda duda razonable. En esos casos, al no existir material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado, el juez está obligado a resolver toda duda a favor del acusado.

Sin embargo, al igual que en materia penal, en materia administrativa sancionatoria el principio en cuestión también resulta aplicable.

[C]ualquier entidad administrativa que adelante un procedimiento administrativo sancionatorio está en la obligación de aplicar el principio del *in dubio pro reo*, es decir, en caso de existir duda frente a algún hecho o situación esta debe resolverse en favor del investigado. En este sentido, “el *in dubio pro-reo* viene a ser la consecuencia de una duda razonable del juez o de la administración, en relación con la autoría del hecho o el acto que se le imputa a un sujeto determinado”.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de favorabilidad**

[E]ncuentra el Despacho que dicho principio se aplica en materia administrativa sancionatoria cuando exista un problema de aplicación de las leyes en el tiempo. Así mismo, es claro que “las normas aplicables a una situación concreta son las vigentes al momento de la comisión de la conducta que se busca sancionar –normas sustanciales- y las normas procesales”. (...).

Teniendo en cuenta que el principio de favorabilidad aplica en materia administrativa sancionatoria y que el procedimiento administrativo sancionatorio en cuestión inició el 21 de julio de 2015 con la presentación de una denuncia por parte de la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** y que no ha existido ningún cambio legislativo en ninguna de las normas que conforman el régimen de la libre competencia, dicho principio para la situación concreta es imposible de aplicar.