

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Prácticas restrictivas de la competencia en procesos de contratación pública

[L]a sana rivalidad y competencia entre empresas deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren. Un estudio que analizó el periodo comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado.

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

[L]a Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada oferente; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad las mismas hacen parte de una conducta coordinada entre los proponentes, encaminada a falsear la libre competencia dentro del proceso de selección. En este último esquema, por lo general, hay dos o más ofertas que, a pesar de ser presentadas por oferentes que se hacen pasar por competidores autónomos e independientes, en realidad no compiten entre ellas, pues su elaboración y presentación obedecen a una táctica acordada y coordinada previamente, la cual resulta favorecida, en muchas ocasiones, por la existencia de un mismo grupo de interés económico, existencia de situaciones de subordinación entre los oferentes o la existencia de vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Prohibición general

Esta Entidad y la propia Corte Constitucional –en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959– han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: (i) la 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.

Es relevante anotar que, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición [de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia] debe “ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece”, constituido por el régimen general de la competencia y, también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA– MERCADO AFECTADO– El mercado afectado es el proceso de contratación pública en sí mismo.

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición del mercado en los casos de prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública. Al respecto, ha indicado que, a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas y que no hacen parte de un sistema anticompetitivo, el mercado es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues 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.

En este sentido, el mercado que surge en virtud de la interacción de la entidad pública contratante y los proponentes, se caracteriza por al menos satisfacer las siguientes dos (2) condiciones: (i) ser temporal, toda

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

vez que nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato resultante; y (ii) ser excluyente por cuanto una vez adjudicado o definido el proceso de selección contractual, no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo, motivo por el cual se conoce como una competencia “por el mercado” y no “competencia en el mercado”.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – SITUACIÓN DE CONTROL– Definición

Tal y como se ha expuesto en varias oportunidades por esta Superintendencia, y de conformidad con la norma anteriormente citada, el control competitivo hace referencia a la posibilidad de influir en las decisiones de otro agente económico, que estén relacionadas con la forma en que este último 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.

Así, la posibilidad de influenciar las anteriores decisiones, entre otras, permite que un agente de mercado pueda controlar el desempeño competitivo de otro. Por este motivo, este Despacho ha reconocido que el elemento esencial de la definición de control es que un agente de mercado tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otro.

Ahora bien, lo anterior debe analizarse caso a caso, y dicho análisis debe estar enfocado a la determinación de la relación real entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellos.

De igual forma, 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.

Por otra parte, y de acuerdo a la ley, no es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se haya materializado en el pasado, ni que se materializará en un futuro próximo. Por el contrario, la sola posibilidad de influenciar, conforme al numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es suficiente para que exista control competitivo, de acuerdo a las normas del derecho de la competencia en Colombia.

Ahora bien, este Despacho considera pertinente delimitar la diferencia y la relación existente entre la definición de control en el derecho societario colombiano y en el régimen de libre competencia nacional. Lo anterior dado que, como se ha manifestado en diferentes oportunidades, si bien dichos conceptos en ocasiones pueden coincidir, en realidad son independientes entre sí.

Así, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, contiene la definición de control propia del derecho de sociedades. Según este artículo, para que se configure una situación de control societario, es necesario que el poder de decisión de una sociedad se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual la sociedad controlada se llamará filial, o por intermedio de otras sociedades controladas por la matriz, cuyo caso la sociedad controlada se llamará subsidiaria.

De igual forma, el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, estableció tres (3) escenarios en donde se presume la existencia de control o subordinación societarios.

Ahora bien, este Despacho advierte que la definición de control en el marco del derecho de la competencia en Colombia es independiente de la definición de control societario descrito anteriormente, a tal punto que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae una definición propia, aplicable al régimen de protección de la competencia.

En este sentido, 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.

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

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 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.

Por este motivo, se reitera lo ya manifestado en anteriores ocasiones por parte de esta Superintendencia, respecto a que el control societario es, en la mayoría de los casos, suficiente para concluir la existencia de control competitivo sobre una empresa. Sin embargo, considerando las diferencias conceptuales y legales existentes entre el régimen societario y el de competencia en Colombia, este Despacho reitera que pueden presentarse situaciones en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio verifique la existencia de control competitivo, sin que tal situación haya sido declarada previamente por las empresas involucradas, ni por la Superintendencia de Sociedades.

Finalmente, es también importante mencionar que la existencia de control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, no siempre genera los efectos propios de la subordinación en el derecho societario, como la inscripción de tal situación en el registro mercantil, consolidación de estados financieros, responsabilidad de la matriz en ciertas obligaciones de sus subordinadas, entre otros.

En conclusión, el control en el derecho de la competencia se verificará, según la ley, en los casos en que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos en que, bajo las normas del derecho societario, se configura una situación de control.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – PRESENTACIÓN DE OFERTAS INDEPENDIENTES POR EMPRESAS SUJETAS A UNA MISMA SITUACIÓN DE CONTROL– Cuando dos o más empresas participan por separado en un procesos de contratación pública, su comportamiento debe ser el de dos competidores independientes

[P]ara la Superintendencia de Industria y Comercio la existencia de relaciones previas entre empresas competidoras, así como el hecho que dos agentes económicos que participen en un mismo mercado o proceso de selección estén sujetos a una misma situación de control competitivo, son situaciones que no son sancionables por sí mismas. Por el contrario, lo que es reprochable es que dichas empresas participen en el mercado o proceso de selección de manera coordinada, eliminando la competencia entre sí y reemplazándola por una conducta colusoria, afectando los principios de la libre competencia económica.

En este orden de ideas, nótese que no existiría impedimento alguno en que dos empresas sujetas a una misma situación de control competitivo participen simultáneamente en un proceso de selección y presenten ofertas económicas independientes con el objetivo de resultar adjudicatarias de un contrato. Sin embargo, de ser así, su comportamiento deberá ser el de dos competidores, sancionable bajo el régimen de libre competencia en caso de encontrarse que correspondió a una conducta que tenía por objeto o efecto la coordinación o colusión en el marco del proceso de selección.

En otras palabras, se espera que cuando dos o más empresas participan por separado en procesos de selección para la adjudicación de un contrato estatal, su comportamiento sea el de dos competidores independientes, pues, se reitera, el hecho que respondan a un mismo controlante, no excluye, per se, la posibilidad y obligación de que actúen con independencia y mantengan confidencialidad en la toma de sus decisiones respecto a su comportamiento en el mercado.

Esta situación ha sido reconocida a nivel internacional, como puede observarse en la sentencia del 19 de mayo de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso C-538 de 2007, la cual estableció que:

*“31. Procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y **no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas.** Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, **las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación.**”*

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

32. En este contexto, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, **la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos**. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, lo reprochable a la luz del régimen de la libre competencia es que dos o más empresas, estén o no sujetas a una misma situación de control, concurren a procesos de selección haciéndose pasar por competidores, cuando en realidad su participación se encuentra **coordinada**. Esta situación, abiertamente contraria a los principios de libre competencia que gobiernan los mercados, y en especial los relacionados con la contratación estatal, debe ser sancionada por esta Superintendencia pues en el momento en que las empresas deciden participar en un proceso competitivo para la adjudicación de un contrato, adquieren inmediatamente el carácter de competidores, debiendo actuar como tales, por lo que cualquier comportamiento coordinado, encaminado a suprimir la competencia que debe existir entre ellos, se presenta como idóneo para afectar el bien jurídico tutelado por la norma, y por tanto debe ser sancionado.

Esta posición ha encontrado eco en diferentes autoridades a nivel internacional. Es el caso de Tribunal Administrativo Especializado de México, quien al momento de resolver un “Recurso de Amparo” promovido en el marco de un proceso por posibles conductas anticompetitivas manifestó:

“Así, este Tribunal Colegiado considera que en ese caso de licitaciones en las cuales conforme a la ley no existe prohibición de presentar posturas por separado de empresas que forman parte de un mismo grupo de interés económico y ello acontezca, no debe atenderse al concepto de grupo de interés económico para determinar si se está en los supuesto del artículo 9, fracción IV, de la abrogada Ley Federal de Competencia Económica, sino que debe atenderse con independencia de ese concepto, a las conductas desplegadas y a la corroboración de la existencia de pactos colusorios entre los agentes para entender vulnerado los principios de la licitación (...).

Con base en lo anterior, en la hipótesis de que la legislación no prohíba que partes de un grupo de interés económico presenten posturas por separado en un procedimiento de licitación, lo relevante no es si forman parte de ese grupo, ya que evidentemente, en principio al pertenecer a éste no son competidores entre sí; no obstante, **para el efecto de las licitaciones conforme al marco normativo, debe atenderse sólo a si esa relación influye en el resultado de la misma, acorde con los principios que deben regir esos procedimientos** (...).

En efecto, al presentar posturas por separado, significa que deben tener un comportamiento para efectos de la licitación de forma individual, acatando los principios que rigen las licitaciones, con independencia de si buscan un objetivo común” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En igual sentido, la Comisión Federal de Competencia Económica de México (COFECE), afirmó lo siguiente al momento de resolver sobre el mismo proceso:

“(…) **Desde el punto de vista del proceso licitatorio y de la autoridad convocante, el hecho de que dos agentes económicos presenten posturas por separado, implica que éstas son independientes y si no lo son derivadas de que existe una coordinación en la determinación de las posturas, dicho hecho es contrario a los principios de la licitación y, en su cado de la legislación de competencia** (...)” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por su parte, la Comisión de Competencia de India (Competition Commission of India), en una decisión del año 2017 sostuvo:

“129. Por lo tanto, el argumento de la existencia un mismo agente económico, como el presentado por GIL y ABCIL, no es procedente y el mismo es rechazado. La Comisión da cuenta que dichas empresas son entidades independientes que participaron individualmente y de manera separada en los procesos de selección. **Cuando dos o más empresas de un**

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

mismo grupo deciden presentar de manera separada ofertas en un mismo proceso de selección, han decidido, conscientemente, mostrarse ante la entidad contratante como tomadores de decisiones diferentes y opciones independientes dentro el proceso. Ellas tendrán, bajo estas circunstancias, que cumplir con lo establecido en la ley, en letra y en espíritu. Cualquier argumento de dichas empresas encaminado a que decidieron presentar ofertas de manera separada pero cuyos valores económicos fueron decididos por una misma persona, lo que es desconocido para la entidad contratante, no puede ser usado para escapar de lo establecido en la ley (...)”(Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así, la existencia de relaciones previas o de una situación de control, solo deben ser analizados para identificar si los mismos propiciaron o facilitaron la coordinación entre los agentes involucrados, sin perder nunca de vista que es esto último lo reprochable a la luz del ordenamiento nacional, y no la mera existencia de vínculos económicos, labores, corporativos, personales, o de cualquier otra índole, entre los involucrados.

Lo anterior ha sido igualmente manifestado en anteriores oportunidades por esta Superintendencia, quien ha insistido en que lo sancionable desde el punto de vista del derecho de la competencia es la existencia de un comportamiento sistemáticamente coordinado y mancomunado entre los participantes a un proceso de selección, el cual debe ser considerado como una práctica restrictiva de la competencia. Así, en la Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio se afirmó que:

“Es oportuno aclarar en este punto que **lo que configura la conducta restrictiva no es el solo hecho de que la estructura de las empresas como parte de un mismo grupo se haya mantenido oculto, -que en todo caso es un hecho indicador de la consciencia de ilegalidad de la conducta- sino que su comportamiento haya sido sistemáticamente coordinado y mancomunado y que su participación en cada uno de los procesos contractuales haya sido concebido para simular competencia, con el objetivo de generar ventajas competitivas, cuando en realidad el móvil de su participación era el mismo. En efecto, y en gracia de discusión, aun en el evento en que la existencia del grupo y del control estuviera formalmente registrada y publicitada, ello no sería suficiente para desestimar la configuración de la conducta, pues incluso en esa hipótesis la actuación coordinada y dependiente constituiría una práctica restrictiva de la competencia**” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – IMPACTO DE LA CONDUCTA – Los comportamientos coordinados, encaminados a simular competencia, son idóneos para falsear la libre competencia

[E]s reprochable que los proponentes de un proceso de contratación pública realicen cualquier tipo de práctica o conducta coordinada que tenga el efecto, o la potencialidad, para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo 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. Este tipo de conductas son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

Además, debe reiterarse que el 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 encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco procesos de contratación, cuando en realidad lo que existe es un comportamiento coordinado entre los proponentes, 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.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – VISITAS DE INSPECCIÓN – No se requiere de orden judicial para la recolección de medios probatorios durante una visita de inspección

[L]as etapas previas al inicio de una investigación materializan las facultades de inspección en cabeza de esta Entidad. Dichas etapas, de carácter reservado, no están sujetas a formalidad alguna y tienen como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal.

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

[L]a relevancia de las etapas previas al inicio de una investigación, incluyendo la posibilidad de adelantar una averiguación preliminar, en donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que tienen como finalidad obtener la información necesaria para verificar la existencia de mérito de iniciar una investigación en dónde se buscará determinar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y 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 cabal cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

[L]a Corte Constitucional (...) señaló que “(...) las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior (...)”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – INFORME MOTIVADO – El informe motivado presentado por la Delegatura para la Protección de la Competencia no debe contener referencia a los criterios de graduación de la multa

[L]a Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio es la encargada de adelantar las averiguaciones preliminares y de instruir las correspondientes investigaciones por posibles violaciones al régimen de libre competencia, para finalmente emitir un informe motivado en el cual establecerá únicamente su posición sobre si ha existido o no una infracción al régimen de libre competencia en Colombia y sobre la necesidad de declarar o no administrativamente responsables a los investigados.

[E]s función del Superintendente de Industria y Comercio, y no de la Delegatura, el imponer las multas correspondientes y graduarlas de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Así, y conforme con los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 ibídem, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y graduar la multa de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Prueba indiciaria en prácticas restrictivas de la competencia

*[S]e ha entendido en el ámbito local e internacional, que para determinar la existencia de una de las prácticas consideradas como restrictivas de la libre competencia en los términos de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, y demás, **no** es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas.*

Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de conductas contrarias a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Uso de figuras asociativas en procesos de contratación pública

[E]n ningún momento se ha pretendido censurar o reprochar el uso de figuras asociativas para la presentación de ofertas en el marco de los procesos de selección para la adjudicación de un contrato por parte de una entidad estatal.

Esto, toda vez que dichas figuras, como los consorcios y las uniones temporales, son legítimas dentro del ordenamiento nacional, y cumplen una función primordial en el régimen de las contrataciones públicas. Sin embargo, lo que sí debe encontrarse como reprochable es el hecho que dos empresas se presenten como competidores a un proceso de selección, y de manera ilegítima coordinen su comportamiento dentro del proceso, burlando las expectativas de los demás participantes y de la entidad contratante de elegir la mejor oferta en el marco de un proceso competitivo.