

Radicación: 15 - 240653 – Caso “FERLAG”

Resolución No. 12156 del 07 de mayo de 2019

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general en procesos de contratación pública - Comportamientos de los proponentes encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia

Esta Entidad y la propia Corte Constitucional –en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró la exequibilidad de la norma citada– 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.

Dicha prohibición 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.

La existencia de una práctica tendiente a limitar la libre competencia económica, violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, conducta que ha sido entendida como sancionable por su “objeto”.

El régimen de libre competencia económica, en el contexto de la contratación estatal, tiene dentro de sus propósitos fundamentales el que todos los 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.

*Los comportamientos de los proponentes encaminados a **simular** autonomía, individualidad y real competencia en el marco de procesos de contratación estatal para incrementar las probabilidades de resultar seleccionados (...), 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 tomen parte en dicho proceso.*

Los agentes del mercado que desarrollen una conducta como la descrita podrían incrementar ilegítimamente la probabilidad de resultar seleccionados en el proceso correspondiente, en detrimento de las probabilidades con que contarían sus verdaderos competidores. Lo anterior, por medio de diferentes estrategias, que podrían llevar a un incremento artificial de su probabilidad de resultar favorecidos por el mecanismo de evaluación previsto en el proceso de selección, y resultar a su vez en una consecuente reducción de la probabilidad de éxito que tienen los demás proponentes. Por lo anterior, la conducta resulta a todas luces inconveniente en términos de transparencia e igualdad.

El comportamiento coordinado de proponentes que se sustenta en una competencia y autonomía aparente conduce, en la práctica, a una menor presión competitiva que puede desincentivar la presentación de mejores ofertas y representar, en últimas, condiciones menos favorables para la entidad contratante.

El 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.

Principios como la igualdad y la selección objetiva encuentran fundamento en consideraciones de libertad de 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 formulación 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.

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: (i) pueden 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 (ii) disminuye de manera ilegítima las probabilidades de que los demás participantes, realmente autónomos entre sí, resulten ganadores en un respectivo proceso de selección.

INVESTIGACIONES POR ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO – No es necesario definir el mercado relevante

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

Resolución No. 12156 del 07 de mayo de 2019

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.

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 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 excluyentes 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”.

El mercado relevante 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 mercados, sean personal naturales o jurídicas, que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Control Competitivo

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.

Así, la posibilidad de influenciar las anteriores decisiones, entre otras, permite que un agente de mercado pueda controlar el desempeño competitivo de otro en el mercado. 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 otra**¹.

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.

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.

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”².

La capacidad de “afectar o modificar la manera en que una empresa compite en el mercado” hace referencia a la “la posibilidad de influenciar la manera en que determina sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones, sus transacciones ordinarias, su endeudamiento, y cualquier otra variable relevante que afecte la forma en que se desenvuelve en el mercado”³.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que, en el marco del régimen vigente de protección de la libre competencia económica en Colombia, el concepto de control competitivo debe entenderse, en términos generales, como la posibilidad de influir en las decisiones de una empresa, que se encuentren relacionadas con la forma en que ésta se comporta en el mercado. En ese sentido, el análisis de control debe tener un enfoque

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 32184 del 19 de mayo de 2014.

³ *Ibíd.*

Resolución No. 12156 del 07 de mayo de 2019

que permita determinar la relación real entre controlante y controlada, con independencia del vínculo jurídico o económico que exista entre ellos⁴.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Control competitivo diferencia con control societario

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.

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.

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.

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 Sociedades⁵.

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 otros⁶.

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.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Ejercicio del ius puniendi y juicio de responsabilidad

En materia administrativa y específicamente respecto del régimen sancionatorio, si bien es claro que la administración debe dar aplicación a las garantías mínimas del debido proceso, las mismas no siempre tienen el mismo alcance que en el ámbito penal⁷.

Y es que no puede perderse de vista que, como se anotó atrás, si bien el derecho penal y el derecho administrativo sancionador abarcan el denominado ius puniendi del Estado, se trata de dos regímenes legales con objetivos diferentes que no pueden ser equiparados en su totalidad.

Así, el derecho penal propende por la garantía del orden social en abstracto, es decir, por proteger bienes sociales más amplios, presentando un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos y las libertades individuales de los ciudadanos. Mientras que por su parte, el derecho administrativo sancionador busca proteger y garantizar la organización y el buen funcionamiento de la Administración, cuestionando y

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado proferido en la investigación tramitada en el expediente No. 11-137432.

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 378982 del 24 de junio de 2014.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010; Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2016.

Resolución No. 12156 del 07 de mayo de 2019

castigando los incumplimientos de los deberes, prohibiciones y mandatos consignados, lo cual descarta cualquier tipo de sanción que implique una privación de la libertad⁸.

Esta diferenciación hecha respecto al derecho penal y el régimen administrativo sancionador tiene directas implicaciones en el análisis y aplicación de los diferentes principios y elementos constitutivos del debido proceso que deben garantizarse en cada actuación administrativa o judicial.

Así, y haciendo especial énfasis en el elemento de la culpabilidad que es el que nos atañe en el caso concreto, si bien este resulta aplicable como criterio general en los procesos administrativos sancionatorios, puede ser objeto de ciertos matices.

Si bien se ha reconocido que el principio del debido proceso, junto con todos los elementos que lo componen, como por ejemplo el elemento subjetivo de la culpabilidad, por regla general aplican en el régimen administrativo sancionador, el margen de configuración del legislador en materia de sanciones administrativas es más amplio que en materia penal y por ende admite un análisis que, en ocasiones, excluye la valoración del factor subjetivo.

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.

Y es que precisamente se 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.

En Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica, y en especial lo relacionado con los acuerdos restrictivos de la competencia horizontales, está estructurado sobre la base que basta con probar el objeto de la conducta, por lo que no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención (dolo o culpa) de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria de indicios

Para determinar la existencia de uno de los acuerdos considerados como restrictivos de la libre competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992, **no** es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas.

Se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios 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 competencia⁹.

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Conductas anticompetitivas por efecto y conductas anticompetitivas por objeto

El régimen de libre competencia económica contempla dos modalidades en las que puede presentarse una conducta anticompetitiva. Así, por un lado, están los acuerdos que tienen por objeto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales y, por el otro, aquellos acuerdos que tengan como efecto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales.

Las anteriores prácticas comportan un carácter restrictivo de la competencia, de forma que bajo una óptica sancionatoria, ambas resultan reprochables, sin que sea necesario que se acredite en forma conjunta o concomitante el objeto y el efecto, bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

De esta forma, si en el desarrollo de una actuación administrativa sancionatoria se demuestra la existencia de una práctica anticompetitiva por **objeto**, y que ella tiene efectivamente la potencialidad, la capacidad, la

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2002.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

Resolución No. 12156 del 07 de mayo de 2019

*idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el respectivo mercado, la Autoridad de Competencia, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene la obligación de sancionar por **objeto**.*

Sobre las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no es necesario entrar a analizar sus efectos.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Monto de la sanción

De conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.