

Radicación: 11 - 71590 – Caso “VIGILANCIA”

Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – MERCADO AFECTADO – No es necesario definir el mercado relevante

[E]l 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 mercado sean personas naturales o jurídicas, que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Significatividad

[L]a valoración sobre la significatividad de la conducta que se pretende investigar se realiza basándose en la importancia del impacto de la práctica en el funcionamiento de la competencia en el mercado relevante definido, por lo que depende de las particularidades de cada caso concreto. Así, para decidir la significatividad de una conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio analiza, entre otros, factores como la dimensión del mercado, el poder de mercado de un agente, existencia de fuentes alternativas de oferta y efectos de la conducta.

De lo anterior se desprende que la significatividad no se deriva únicamente de la dimensión del mercado relevante, sino que, en el presente caso, teniendo en cuenta las condiciones propias de los procesos licitatorios, la significatividad de la conducta está dada, no como creen los investigados por el número de licitaciones afectadas en el total de licitaciones públicas de vigilancia privada, sino por la capacidad que tuvo de afectar la competencia en cada proceso licitatorio.

[Q]ue una conducta sea significativa o no, en nada modifica su carácter ilegal, pues el análisis de significatividad tiene relevancia solamente para el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa. Dicho de otra manera, un cartel empresarial, un acto de abuso de posición dominante o una violación de la prohibición general no deja de ser ilegal por carecer de significatividad.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición General – Artículo 1 de la Ley 155 de 1959

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.

[D]icha 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.

[L]a configuración de la conducta de prohibición general no implica la existencia de “poder de mercado” por parte de la empresa o agente infractor.

[L]o 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 sí 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.

[S]e logró demostrar que en los procesos de esta naturaleza, los investigados se presentaban como interesados con el mayor número de empresas posible para así tener mayores probabilidades de quedar seleccionados. Tal circunstancia implica necesariamente una disminución en la probabilidad de selección de los demás competidores.

[L]a presentación de observaciones coordinadas ilustra también la vulneración al objetivo de “obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado” por estar viciado el juicio del adjudicador al creer, con base en observaciones conjuntas, en la existencia de posibles errores en los términos de condiciones o, por lo menos, en la posibilidad de ampliar o flexibilizar las condiciones cuando esto le sería favorable en principio solo a los investigados. En todo caso, frente a la presentación de observaciones coincidentes debe recordarse que dicho

Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017

comportamiento se ha identificado por la OCDE y por esta Entidad, como una señal de un comportamiento colusivo o restrictivo.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Noción de control en competencia

[E]l control es la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber: (i) la política empresarial, (ii) la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

*La posibilidad de influenciar las anteriores decisiones le permite a una empresa influenciar el desempeño competitivo de otra en el mercado. Así las cosas, este Despacho reconoce que **el elemento esencial de la definición de control es que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra.***

Ahora bien, la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa debe analizarse caso por caso y debe estar enfocada en determinar la relación real entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellas. Así, el control puede emanar de una amplia gama de factores, bien considerados de manera independiente o en conjunto, y teniendo en cuenta tanto consideraciones legales como fácticas.

Dicha influencia debe analizarse también dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas sobre las que se analice el control.

[N]o es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se ha materializado en el pasado, como tampoco es necesario demostrar que se materializará en un futuro cercano; la sola posibilidad de influenciar, conforme al numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153, es suficiente para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

[L]a 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.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Colusión en licitaciones o concursos

[L]as pruebas dan cuenta de la existencia de un sistema creado y ejecutado por las empresas investigadas, a través del cual falsearon la competencia en diversos procesos de selección, mediante una estructura plural encubierta que actuaba bajo un mismo interés y voluntad simulando competir cuando en realidad todas sus actuaciones eran coordinadas y obedecían a una misma estrategia. En ese sentido, no se puede hablar de una colusión propiamente dicha, que tiene como primer presupuesto la existencia de al menos dos voluntades diferentes, pues no se trataba de dos o más agentes que concertaran su participación, sino de un mismo agente que mediante varias empresas coordinaba su participación bajo una misma situación de control, desconociendo los principios que rigen la contratación estatal.

INVESTIGACIONES POR ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA – Programa de Beneficios por Colaboración

[E]l Programa de Beneficios por Colaboración implica, para los delatores, el cumplimiento de obligaciones de admisión y de permanencia, es decir, la carga de los aspirantes a los beneficios del programa es dual: por un lado, deben acreditar ciertos requisitos para acceder al Programa y, por el otro, mantener la colaboración durante todo el transcurso de la investigación administrativa sancionatoria.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria

[S]i en el respectivo proceso de selección contractual se logró la adjudicación del contrato como consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe comenzar a computarse a partir de la liquidación del contrato estatal y, si por el contrario, no se logró la adjudicación del contrato estatal y le correspondió a un tercero, el término de caducidad se empezará a contar a partir del acto de adjudicación.

[S]i bien es cierto la ley solo prevé dos posibilidades para la contabilización del término de caducidad, que dependen de si la conducta restrictiva es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, lo cierto es que la teoría que presenta esta Entidad justamente tiene en cuenta que se trata, en casos como este, de una conducta de

Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017

tracto sucesivo que no cesa hasta que termina la generación de efectos de la conducta y finaliza la afectación a los bienes jurídicos afectados con este tipo de comportamientos, a saber, la eficiencia del mercado, la libre participación de las empresas y el perjuicio al patrimonio público del Estado, que es el consumidor en este tipo de procesos.

Cuando el proceso es adjudicado a un participante que compitió con estrategias restrictivas y anticompetitivas la conducta se perpetúa más allá del acto de adjudicación. Por lo tanto, la ejecución de la afectación a la competencia en este tipo de casos se sigue materializando hasta que finaliza la afectación en el mercado, que para el caso de ser adjudicados es su liquidación.