

Radicación: 14-32964 – Caso “MINCULTURA”

Resolución No. 2076 del 31 de enero de 2019

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

La colusión en la contratación estatal puede producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Este tipo de conductas son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas.

En los procesos de contratación, el régimen de libre competencia económica se desacata cuando los proponentes no son autónomos y las propuestas no son secretas entre ellos, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-415 de 1994.

El actuar colusorio (...) incrementó artificialmente sus probabilidades de resultar adjudicatarios del proceso. Lo anterior representa una violación a la libre competencia por cuanto evita artificialmente que todos los participantes compitan bajo las mismas condiciones.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general

Cuando una conducta se encuadra dentro de lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 relativo a la colusión en procesos de contratación pública, también se encuadra en la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Sin embargo, esto no implica que toda violación a la prohibición general también implique automáticamente una infracción a lo consignado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Cuando se evidencia que un investigado vulnera lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 relativo a la colusión en procesos de contratación pública, necesariamente también hace lo propio con la prohibición general dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Esta Superintendencia ha dicho, entre otras, en la Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015, lo siguiente:

*“La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la competencia en un mercado¹. **De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.***

***En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia, sin excluir los expresamente descritos por la ley.** Sin embargo, lo anterior no significa que una violación a la prohibición general también implique automáticamente la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, toda vez que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero estar enlistada en las conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992”.*

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

Dado que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, el mercado corresponde a cada proceso de contratación en el que se presentó la conducta restrictiva de la libre competencia económica.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria

¹ Ver, entre otras, Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

Resolución No. 2076 del 31 de enero de 2019

Las evidencias presentadas no pueden ser valoradas individualmente, sino como parte de un conjunto de pruebas.

El estándar de prueba es el de la valoración conjunta de conformidad con las reglas de la sana crítica, establecido en el artículo 176 del Código General del Proceso.

En cuanto al principio de libertad probatoria, resaltó la importancia de la prueba indiciaria en la detección y demostración en comportamientos restrictivos de la libre competencia económica. El Despacho resalta que ello es así no solo en el derecho de la competencia nacional sino también en el comparado.

Finalmente, en cuanto a la valoración de lo declarado en el marco de una ratificación y los elementos materiales de prueba que componen la actuación administrativa, señaló, (...) que cuando se trata de valorar la ratificación de una declaración cuya versión es distinta a la rendida en una primera oportunidad, ello no reemplaza, elimina o le resta todo valor demostrativo a la primera versión que se rindió.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Juicio de responsabilidad

El juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en varias ocasiones que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo a efectos de determinar la responsabilidad. Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Monto de las sanciones

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 Industria y Comercio 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.