

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

*“Artículo 1. **Quedan prohibidos** los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, **toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos**”.*

(...). (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Esta Superintendencia, ha identificado tres diferentes conductas independientes que se encuentran descritas en la disposición normativa citada, las cuales son: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primera, 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, finalmente, (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Ahora bien, es importante aclarar que se podrán identificar conductas que sin estar descritas en el Decreto 2153 de 1992, infrinjan lo establecido en la prohibición general. Efectivamente, en los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, además del acuerdo restrictivo de la competencia indicado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo general, también se está frente a la adecuación normativa de conductas anticompetitivas enmarcadas en la segunda caracterización de la prohibición general como son las “prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.

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

El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 describe dos tipos de conductas anticompetitivas. En primer lugar, considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que “tenga por objeto” la colusión en las licitaciones o concursos. En segundo lugar, se considera contrario a la libre competencia, aquel acuerdo que tenga por efecto: (i) la distribución de adjudicaciones de contratos; (ii) distribución de concursos o (iii) la fijación de términos de las propuestas.

Se entiende por objeto la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado. Por su parte, la conducta por efecto, es aquella que permite verificar el resultado lesivo sobre la libre competencia en el mercado con independencia de la intención inicial de los agentes.

En este orden de ideas, para que la conducta adelantada por los agentes que participan en un mismo proceso de selección contractual sea considerada anticompetitiva, reprochable y contraria a la libre competencia, de acuerdo con lo dispuesto en la norma citada, es necesario que exista un comportamiento de dos o más sujetos que lleguen a un acuerdo encaminado a afectar el proceso competitivo de selección contractual adelantado por la entidad contratante.

Tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades¹, 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.

Por lo anterior, 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.

Es preciso anotar en este punto que, el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables “por objeto”, quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011.

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad de Competencia. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual la Autoridad no deba entrar a verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

No está de más recordar en este punto que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal².

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

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición de mercado relevante en los casos de prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública. Al respecto, ha indicado que, en dichos casos, 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.

La definición del mercado para los casos de colusión en procesos de selección contractual, difiere de la definición geográfica y de producto que se utiliza en otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, el mercado para los casos de colusión nace de la interacción entre la demanda representada en la necesidad que tiene la entidad contratante y que la lleva a actuar como comprador en busca de ofrecimientos en las mejores condiciones para satisfacerla y, la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos conocidos como proponentes que pretenden ser adjudicatarios.

Las condiciones especiales de este mercado lo caracterizan como: **(i) temporal** por cuanto nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato en que deviene **(ii) excluyente** por cuanto una vez definido no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo (barrera a la entrada), excluyendo de esta forma cualquier futura competencia por la adjudicación del contrato e **(iii) independiente** por cuanto el escenario de contienda que se genera es ajeno a los demás mercados en los que los agentes participantes pueden competir.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en licitaciones o concursos – Concertaciones entre servidores públicos y algunos investigados

La colusión entre oferentes en la contratación pública es uno de los numerosos problemas que tienen que encarar los grupos de adquisiciones públicas de las entidades del Estado cuando emprenden sus procesos de contratación. En ocasiones, otras cuestiones son: “pocos oferentes; falta de competencia entre los oferentes; fijación de precios por parte de los oferentes en procesos distintos a los de licitación; leyes y reglamentos inadecuados; ineficiencias en los procedimientos de contratación; **y funcionarios públicos de las contrataciones deshonestos o corruptos**”.

Precisamente, el incremento de los costos en un proceso licitatorio como consecuencia de la colusión es usado por los perpetradores de un acuerdo anticompetitivo para pagar sobornos a funcionarios públicos corruptos. Al respecto, la **OCDE**³ ha considerado que:

“La colusión entre oferentes tiene lugar cuando las empresas conspiran entre sí para aumentar los precios o disminuir la calidad de bienes y servicios que son adquiridos por organizaciones públicas y privadas mediante un proceso de licitación, en lugar de que las empresas compitan auténticamente unas con otras para ganar una licitación. La colusión entre oferentes en procesos de contratación es un tipo muy específico de colusión o de actividad de cártel con consecuencias importantes y negativas económicamente. **Los participantes de los cárteles suelen estar bien organizados, tienen muchos**

² **Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia.** <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

³ *Ibídem.*

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

recursos y tienden a actuar en secreto. Ningún país es inmune a estas prácticas ilegales. A veces, parte del incremento de los costos los usan las compañías participantes para pagar a funcionarios públicos corruptos. Además de quitarles recursos a los grupos compradores (y en último término a los contribuyentes en el caso de las licitaciones gubernamentales), estas prácticas pueden desalentar la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en licitaciones o concursos – Etapa de elaboración de pliegos

Esa etapa, la elaboración de los pliegos de condiciones, ha sido considerada por esta Superintendencia⁴ como una etapa altamente vulnerable que puede prestarse para manipulaciones. Dentro de las prácticas más comunes se encuentra, precisamente, el intercambio de información sensible o privilegiada entre funcionarios públicos “deshonestos o corruptos” y los futuros proponentes con el fin de direccionar la adjudicación del contrato estatal.

Es clara la distorsión inicial de los procesos competitivos, debido a que sobre el pliego de condiciones gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, y tal acto concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada proceso de selección contractual, selección objetiva que fruto de esa indebida injerencia resultó alterada y direccionada.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Relación preexistentes entre los investigados

Vínculos familiares preexistentes no es en sí mismo reprochable por las normas de protección de la libre competencia económica, por el contrario, es común que muchas empresas se estructuren en relaciones familiares lo cual es acorde con la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. No obstante, esas relaciones familiares preexistentes sí pueden ser un indicio que, desde una perspectiva lógica y de sana crítica, valorado en conjunto con el acervo probatorio obrante en el Expediente, hace más explicables y comprensibles los comportamientos de coordinación que configuraron propiamente el acuerdo colusorio.

El anterior entendimiento incluso ha sido ratificado por la jurisprudencia administrativa al señalar que la práctica colusoria por su naturaleza requiere previo conocimiento de quienes efectúen el acuerdo restrictivo de la competencia. Al respecto, se ha sostenido que:

*“(…) Mal haría la Sala considerar que se probó el acuerdo restrictivo de la competencia sólo teniendo en cuenta **la relación personal** y comercial entre quienes fueron sancionados por la Superintendencia demandada, sin embargo, **la ocurrencia de este elemento materia de prueba, con otros elementos fácticos y probatorios, sí permite establecer la incursión en este tipo de conductas reprochables.**”⁵ (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en licitaciones o concursos – Factores competitivos – Beneficio del acuerdo colusorio

Lo esperado en un escenario de libre competencia es que los diferentes competidores interesados en la adjudicación de un contrato en un proceso de selección contractual elaboren en forma independiente y sin ningún tipo de injerencia indebida las propuestas que serán presentadas a la entidad contratante.

Al presentarse dos agentes de mercado que actuaban de manera coordinada y conformados por empresas que hacían parte de una misma unidad de dirección, se configura una prueba adicional de la materialización del acuerdo colusorio general.

El “precio” no es el único factor determinante para alterar la libre competencia en un proceso de selección contractual.

La mayor utilidad derivada de un acuerdo colusorio entre proponentes no es solamente ser los adjudicatarios del contrato, sino obtener la mayor cantidad de beneficio de su conducta ilícita, lo cual puede evidenciarse con la malversación del anticipo, debido a que la misma fue posible por la adjudicación del contrato al proponente coludido

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Guía Práctica. Combatir la colusión en las licitaciones. Disponible en http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en licitaciones o concursos – “rotación de ofertas”

El comportamiento analizado permite evidenciar que estructuras plurales conformadas por las mismas empresas se presentaban en los diferentes procesos de selección contractual y que los adjudicatarios de los procesos eran diferentes en cada caso y precisamente eran consorcios conformados por empresas coludidas. Este hecho valorado en conjunto con las múltiples pruebas que obran en el Expediente y que dan cuenta del acuerdo reprochado, permite advertir a este Despacho no solo un actuar altamente coordinado para la concreción del acuerdo anticompetitivo general, sino que además acredita un claro patrón de rotación con el propósito ilegítimo de asegurar el éxito de la estrategia colusoria. Este tipo de comportamientos es completamente ajeno y contrario a un escenario de competencia donde se espera que la adjudicación del contrato estatal sea el resultado de un auténtico proceso competitivo y no de un actuar coordinado que busca simular y anular la competencia con el ilegítimo propósito de aumentar las probabilidades de ser adjudicatario.

Lo anterior es un indicio lo suficientemente sólido para concluir que se configuró un actuar coordinado que permitió la “rotación de las ofertas” en los en los diferentes procesos de selección objeto de investigación.

Precisamente, la OCDE ha definido la rotación de ofertas en los siguientes términos:

“Rotación de ofertas: En los esquemas de rotación de ofertas las empresas coludidas siguen licitando, pero acuerdan tomar turnos para ganar (es decir, ser el oferente que califique con precios más bajo). La forma en que la rotación de ofertas se implementa puede variar. Por ejemplo, los conspiradores podrían decidir asignar a cada empresa valores monetarios aproximadamente iguales para cierto tipo de contratos o asignar los volúmenes que correspondan al tamaño de cada compañía.”⁶. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Infracción a la prohibición general - Alcance

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.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado 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 mercado⁷. 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 este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

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 no estar enlistada en las conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992⁸.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Oportunidad probatoria

El procedimiento administrativo especial para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992,

⁶ OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Cartilla: *Lineamientos para combatir las colusiones entre oferentes en licitaciones públicas*. Febrero, 2009. p. 2.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 de 2015.

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, establece para este tipo de trámite una oportunidad probatoria primigenia y concreta al señalar que “[c]uando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes **solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer**” (Negrilla fuera de texto original).

Existe una oportunidad probatoria específica y previa a la adopción de una decisión en la presente actuación, es decir, un momento procesal oportuno en que los investigados en un procedimiento administrativo por una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas están facultados para solicitar o aportar las pruebas que consideren pertinentes para demostrar sus postulaciones a efectos de que con posterioridad las mismas puedan practicarse e incorporarse al respectivo trámite.

Dada la naturaleza del traslado del Informe Motivado a los investigados y a los terceros interesados, sumado a la existencia de una etapa o fase probatoria previa en que se ha tenido la posibilidad de ejercer ampliamente el derecho a la prueba, tales observaciones no se constituyen en una oportunidad probatoria adicional en este tipo de actuaciones.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Averiguación preliminar

La etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración que no está sujeta a formalidad alguna, no es obligatoria y tiene como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación, como lo ha reconocido el Consejo de Estado⁹. Además, dicha etapa tiene carácter reservado y aún no se ha vinculado a ninguna persona, en la medida que los presuntos infractores no han sido identificados y, por lo mismo, en esta etapa existe una manifiesta imposibilidad fáctica y jurídica para notificar a una “persona determinada” de cualquier decisión de impulso de las funciones de inspección, vigilancia y control que se llegare a adoptar.

Este elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de la Superintendencia por cuanto su intervención en esta etapa busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Superintendencia propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

Es importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar 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.

Esta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de facultades constitucionales y legales para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

A partir de la notificación personal del acto de apertura de la investigación y formulación de cargos se adquiere propiamente la calidad o rol de “investigado” y se cuenta con las oportunidades procesales establecidas en el régimen de protección de la libre competencia económica para ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción, tal y como lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 al señalar que “[c]uando se ordene abrir una investigación, se **notificará personalmente al investigado** para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Trámite de notificaciones y comunicaciones

El artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, regula específicamente el trámite de notificaciones y comunicaciones en los procedimientos administrativos para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Los actos administrativos que deben notificarse personalmente en un procedimiento administrativo para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 7909.

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

restrictivas son (i) la resolución de apertura de investigación; (ii) el que pone fin a la actuación; y (iii) los que deciden los recursos de la vía gubernativa.

Se acudirá al artículo 68 de la Ley 1437 de 2011 en lo relacionado al trámite de la citación para notificación personal.

“Artículo 68. Citaciones para notificación personal. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente. (...)” (Subrayado fuera de texto original).

Si no se pudiere realizar la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se lleva a cabo por medio de aviso que se remitirá al interesado, bien por los medios convencionales o bien por cualquier “otro medio más eficaz”, acompañado de copia íntegra del acto administrativo.

El artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, tratando de contemplar aquel evento en que se desconozca la información para enviar la citación de notificación personal de la manera más eficaz al destinatario, prevé un emplazamiento para colocar en conocimiento del interesado las decisiones que profiera esta Superintendencia. Esto se cumple con la publicación del aviso, con copia íntegra del acto administrativo, en la página electrónica de la Superintendencia de Industria y Comercio y, en todo caso, en un lugar de acceso al público por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso. Finalmente, la norma en comento dispone que los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, simplemente se comunicarán a los interesados.

El trámite de notificación especial previsto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 contempla una serie de mecanismos para garantizar el conocimiento de la existencia de la actuación administrativa y de las decisiones que se profieran en su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad y, en especial, los derechos de defensa y contradicción de los interesados. Estos mecanismos contemplan (i) notificaciones de carácter personal, por aviso o, incluso, una notificación por emplazamiento y (ii) comunicaciones para las demás decisiones que no se notifican.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en licitaciones o concursos – Caducidad de la facultad sancionatoria

La caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 es distinta e independiente de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal o del “aniquilamiento de la relación contractual” previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, precisamente en razón a que la terminación de la relación contractual no significa per se la terminación de la conducta anticompetitiva.

La conducta es instantánea cuando los hechos que la constituyen se consuman en un único momento, mientras que tiene carácter continuado cuando se constituye por una “pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configura la conducta descrita en la ley como sancionable”¹⁰. La caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, pues tal regla es aplicable a acciones o conductas ejecutadas de manera instantánea; situación jurídica que cambia cuando se está frente a hechos o circunstancias constitutivas de sanción, ejecutadas de manera continuada, en razón a que el término de que trata la Ley, se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico, que en el presente caso es la liquidación del último contrato estatal afectado por el acuerdo colusorio general.

La definición de conducta continuada que ha sido citada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: (i) pluralidad de acciones u omisiones, (ii) unidad de intención e (iii) identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. Sobre la base de lo expuesto, la colusión en procesos de selección, prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por regla general es un comportamiento de carácter continuado en la medida en que normalmente reúne los tres elementos constitutivos expuestos.

En relación con (i) la pluralidad de acciones y omisiones, la experiencia a nivel mundial¹¹ ha demostrado que, debido a la naturaleza del comportamiento objeto de estudio y a los mecanismos procesales de selección en los que se desenvuelve, normalmente la colusión se configura por un conjunto de actividades que incluye, entre

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de julio de 1999 y Sentencia del 4 de septiembre de 2008. Rad. No.: 15106.

¹¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*.

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

otras, la concertación sobre las condiciones en que los proponentes coludidos participarán en el proceso de selección correspondiente, la coordinación de las observaciones que presentarán respecto de los pliegos de condiciones, la formulación estratégica y coordinada de las ofertas y, además, comportamientos que tienen lugar incluso después de la adjudicación y celebración del contrato en cuestión, orientados a la repartición de los beneficios derivados de la colusión (subcontratos, cesión del contrato adjudicado, pagos directos, etc.).

(ii) la unidad de intención, por supuesto referida a la pluralidad de acciones que constituyen el comportamiento continuado, debe llamarse la atención acerca de que todas y cada una de las conductas desplegadas por los colusores, independientemente de la etapa del proceso en que tengan lugar, están orientadas a la supresión de la rivalidad en el marco del concurso y a la repartición de los beneficios derivados de ese comportamiento¹², actos o conductas de los que depende la consumación de los efectos, en los casos en los que alguno de los colusores resulta adjudicatario del contrato.

(iii) la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable, es importante señalar que todas las acciones configurativas de la colusión, unidas por los propósitos mencionados, son constitutivas del comportamiento restrictivo de la libre competencia económica previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, en algunos casos, también constitutivas de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La colusión en procesos de selección es un comportamiento de carácter continuado, ejecutado por agentes que tienen la obligación de actuar independientemente y que está constituido principalmente por dos elementos: en primer lugar, por la supresión de la rivalidad entre los colusores con el propósito de liberarse de las presiones competitivas propias del concurso y, en segundo lugar, por la adopción de una serie de conductas encaminadas a repartirse entre ellos los beneficios que se deriven de la supresión de su rivalidad. Entre ese tipo de conductas normalmente se encuentran la celebración de subcontratos, la realización de pagos compensatorios, el desarrollo de nuevas licitaciones solo entre quienes se coludieron, la realización de ventas u otros negocios entre las partes del acuerdo y la formulación de aparentes reclamaciones para legitimar la repartición de beneficios, entre otras. Este tipo de comportamientos, como se puede apreciar, normalmente ocurren después de que alguno de los colusores resultó adjudicatario del contrato correspondiente.

Hacen parte del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica materia de estudio, tanto los comportamientos encaminados a que alguno de los colusores obtenga la adjudicación del contrato correspondiente, como aquellos que tengan el propósito de repartir entre los colusores los beneficios derivados de la supresión de su rivalidad en aquellos eventos en que efectivamente ganan el contrato disputado.

Los pactos relacionados con la repartición de los beneficios esperados de la colusión, por definición, integran esa práctica restrictiva de la libre competencia económica. Por lo tanto, cada uno de esos comportamientos, en la medida que pueda ser individualizable y contribuya con la estructuración de los elementos constitutivos del comportamiento –previamente definidos-, debe ser considerado como un hecho constitutivo de la conducta ilegal. La consecuencia evidente de esta consideración es que, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el término de caducidad solo empezará a correr cuando se ejecute el último de esos comportamientos constitutivos de la colusión, aunque hubiera ocurrido con posterioridad a la adjudicación y celebración del contrato.

Para efectos de determinar el momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad en casos como el que ahora se analiza, es necesario establecer la existencia de comportamientos que, posteriores a la adjudicación y celebración del contrato correspondiente, sean individualizables y contribuyan eficientemente a la configuración de ese comportamiento ilegal, cuando en cabeza de uno de los colusores se da la adjudicación del contrato.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Juicio de responsabilidad

El juicio de reproche que adelanta se trata de un procedimiento de índole administrativo y su objeto se contrae en determinar si existió una infracción a las normas que protegen la libre competencia económica, siendo absolutamente independiente de cualquier tipo de responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal. De esta manera, el hecho de que el análisis de determinada conducta no genere responsabilidad en otros ámbitos como el penal, disciplinario o fiscal, no implica que esa conducta no pueda ser analizada por esta Superintendencia ni mucho menos sancionada.

Aceptar como excusa válida para liberarse de la responsabilidad como consecuencia de infringir las normas que protegen la libre competencia el hecho de que en otros escenarios no se encontró mérito alguno para sancionar a los investigados o que su conducta fue previamente analizada sin determinar ninguna responsabilidad, equivaldría a desconocer que existen bienes jurídicos con diferente naturaleza jurídica que comportan diferentes juicios de reproche como es el caso de la libre competencia económica.

¹² Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M. The Economics of Collusion. MIT Press. 2012. p. 56 y 163.

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

En el derecho administrativo sancionador, el principio de presunción de inocencia no tiene el mismo alcance y contenido que en materia penal, por cuanto se trata de ámbitos jurídicos con especificidades propias, en cuanto sus finalidades difieren sustancialmente.

El régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva. En los mismos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo, sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención –dolo o culpa- de los infractores.

Esta Superintendencia ha afirmado en múltiples ocasiones¹³, que en materia de derecho administrativo sancionador no es necesaria la determinación del factor subjetivo para efectos de la atribución de responsabilidad por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida, sin que ello implique un régimen de responsabilidad objetiva, como lo ha clarificado la jurisprudencia previamente referida.

*De este modo, se ha considerado que “no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, **independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto.** Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)”¹⁴. (Negrillas fuera de texto original).*

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad personas naturales

La sola pertenencia de una persona natural 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 y, por el contrario, tiene que existir algún elemento adicional que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión¹⁵.

Sin embargo, para este Despacho no resulta suficiente para desligarse de responsabilidad en el régimen de protección de la libre competencia económica las simples afirmaciones de que únicamente se tenía la “condición de trabajador subordinado” o que “solo cumplía órdenes e instrucciones dentro de una relación laboral que en su momento eran válidas”, máxime cuando se ostentaba las condiciones de representante legal de una empresa.

En efecto, esta Superintendencia ha señalado que es posible declarar la responsabilidad de las personas naturales cuando dentro de las investigaciones administrativas encuentre: (i) prueba sobre una conducta activa; (ii) prueba sobre una conducta pasiva cuando existe evidencia directa del conocimiento de la infracción o (iii) prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o, por lo menos, debió haber conocido la comisión de la conducta de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios, y a pesar de ello no adoptó medida alguna para evitar o cesar la conducta. Es precisamente en este último caso en el que nos encontramos frente a los investigados que alegan la supuesta existencia de un régimen de responsabilidad objetiva en la presente investigación.

Concretamente, al tratarse de comisión de conductas pasivas o por omisión por parte de las personas naturales, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución, como también, a aquella persona que, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido la existencia de la práctica restrictiva de la competencia.

Para determinar el estándar probatorio que permite establecer la responsabilidad de las personas naturales, no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza de su participación (a través de conductas activas o pasivas), sino, además, el modo en el que opera la conducta anticompetitiva.

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28350 de 2004, Resolución No. 37033 de 2011, Resolución No. 46111 de 2011 y Resolución No. 70736 de 2011.

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, p. 93-94; Resolución No. 23521 del 12 de mayo de 2015, p. 47-48; Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, p. 54.

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

La valoración probatoria en los casos de comisión de conductas pasivas o por omisión, no se lleva a cabo simplemente por el cargo que ocupan las personas naturales sino que está determinado por las funciones ejercidas por los investigados, las cuales al ser representantes legales tienen una relevancia especial y constituyen un hecho determinante en la identificación de su responsabilidad, pues existen ciertas funciones que repercuten de manera determinante en el funcionamiento del agente de mercado y, con fundamento en ellas, se puede facilitar la ejecución de conductas anticompetitivas.

A la luz del precedente constitucional, la diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores tiene como propósito asegurar no únicamente los intereses de sus asociados, sino también el bienestar de la sociedad. Esto es así, en razón a que precisamente la Constitución, en su artículo 333, dispone que la libertad económica y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y, a su vez, consagra que el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada debe enmarcarse dentro de los límites del bien común.

En virtud de la exigencia que tiene un representante legal de una empresa de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, este debe procurar informarse suficientemente antes de tomar decisiones y, a su vez, verificar que esas decisiones estén ajustadas a la ley.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Beneficios por colaboración y conducta procesal de los investigados

La obtención de beneficios por colaboración con la autoridad de competencia es una figura legal que se encuentra contemplada en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009. Esa figura se caracteriza como especie de “delación premiada”, en que un miembro de un cartel denuncia su existencia y a sus miembros y/o colabora con la entrega de información y pruebas de la misma, a cambio de beneficios que podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta, dependiendo de la calidad, utilidad y oportunidad de la información suministrada.

Que en una actuación por prácticas restrictivas de la competencia, aspectos relacionados con que los investigados “colaboraron a través de declaraciones” o aportaron “soportes documentales”, lejos de ser una facultad, implica el cumplimiento de un deber legal ante la autoridad de competencia.

El legislador dispuso que en lo no previsto en las normas procesales especiales que constituyen el régimen de protección de la libre competencia económica (Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, entre otras) se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo –hoy Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y, a su vez, el Código de Procedimiento Civil –hoy Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso-, principalmente, en lo que tiene que ver con el régimen probatorio.

*En tal medida, el artículo 6 de la Ley 1437 de 2011, en su numeral 1, establece que correlativamente con los derechos que les asisten, las personas tienen, en las actuaciones ante las autoridades, el deber de acatar la constitución y las leyes. En tal virtud, **los investigados tienen el deber de prestar a la autoridad administrativa la colaboración para la práctica de pruebas y diligencias**, tal y como lo preceptúa el numeral 8 del artículo 78 de la Ley 1564 de 2012.*

La “conducta procesal” de los investigados en una actuación por prácticas restrictivas de la competencia es un criterio a tener en cuenta al momento de la graduación de la multa a imponer, tanto para las jurídicas como naturales, conforme a los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Igualmente, la colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción, según el párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

De tal modo, una vez verificado el hecho de que los investigados prestaron su colaboración en la práctica de pruebas, eventualmente tal circunstancia podrá ser tomada en cuenta en un efecto neutro para la graduación de la multa, por traducirse precisamente en el cumplimiento de un deber legal, como se explicó con suficiencia.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad de las estructuras plurales

Si bien es cierto que la Constitución Política (art. 38) establece como derecho fundamental la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad y, en tal medida, la figura jurídica de los “consorcios” o “uniones temporales” corresponde al ámbito de la libertad de la actividad económica e iniciativa privada, esto no quiere decir que dichas figuras no estén sujetas a límites razonables en relación con otros intereses constitucionalmente relevantes (i.e. libre competencia económica). En este sentido, como se mencionó previamente, debe tenerse en cuenta que igualmente la Constitución, en su artículo 333, dispone que la libertad económica y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone

Resolución No. 26266 del 05 de julio de 2019

responsabilidades y esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común.

Así, los “consorcios” y las “uniones temporales”, como también sus miembros individualmente considerados, son destinatarios del régimen de protección de la competencia económica. Lo anterior implica que estas figuras legales no pueden ser utilizadas como vehículos o instrumentos que desborden la finalidad con la que fueron concebidas por el legislador, siendo indebidamente instrumentalizadas con la intención de falsear la libre competencia en los procesos de selección contractual y, por ende, se conviertan en una excusa para que sus miembros individualmente considerados se sustraigan indebidamente del cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia.

Aunque los consorcios o uniones temporales se conforman con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta de adjudicación, celebración y ejecución del contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados¹⁶.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS 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.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 25 de septiembre de 2013. Rad. No.: 20.529.