

Radicación: 14-92358 – Caso “CUCUNUBÁ”

Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019

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

Para que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma jurídica que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de “acuerdo” contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”.

Así las cosas, lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo 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. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (bid rigging o collusive tendering en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

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.

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 Penal¹.

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.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Elementos indiciarios de prueba

En los casos de colusión la prueba indiciaria juega un papel fundamental, en la medida en que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, precisamente por el carácter usualmente secreto de las mismas.

¹ “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”.

Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019

Lo anterior, según lo señala también la **OCDE**, se ha traducido en que estos agentes actúen "por debajo de los radares", de tal manera que cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia², por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

Los elementos indiciarios basados en la similitud de los documentos si bien permiten inferir la existencia de un actuar coordinado entre los investigados, son elementos que de por sí solos no son prueba suficiente que permita llegar a una conclusión concreta sobre la existencia de una conducta anticompetitiva. En palabras anteriores de esta Superintendencia, si bien "(...) este tipo de conductas normalmente se presentan en el marco de una colusión, no es menos cierto que la realización conjunta de estos trámites, o la coincidencia documental, por sí misma, no es suficiente para probar el acuerdo anticompetitivo"³.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en licitaciones o concursos - Relaciones preexistentes entre oferentes

Las relaciones pre-existentes entre los oferentes en un proceso de selección, sean estas personales o profesionales, no son censurables en sí. En efecto, no solo es natural y legal que empresas que hayan participado en calidad de consorcios o Uniones Temporales en diferentes procesos de selección se presenten en procesos posteriores como competidores, sino que es una práctica común. Así, no se debe entender bajo ningún punto de vista que esta entidad se encuentra censurando por sí misma la realización de consorcios o cualquier otra figura asociativa autorizada por la ley, que en muchas ocasiones, por el contrario, resulta altamente eficiente y pro competitivo.

Sin embargo, sí es obligación de este Despacho mencionar que, tal como lo han reconocido entidades internacionales como la **OCDE**⁴, los contactos previos entre competidores, acompañados de otras señales de alerta, extrañas e irregulares, pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general

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.

En efecto, 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 mercado⁵. 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.

La prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o practicas 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, practicas 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

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**). “SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION”. 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&doclanguage=en)

³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 40835 de 2013.

⁴ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONOMICA – OCDE. “Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas”. Febrero 2009.

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019

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 1992⁶.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad estructuras plurales

Los consorcios son una figura existente en el ordenamiento jurídico colombiano, que carece de personería jurídica. Por este motivo, sus miembros mantienen su individualidad y responsabilidad solidaria durante todo el proceso de selección, viéndose directamente afectados por las acciones adelantadas por el consorcio.

El consorcio es una figura asociativa utilizada por contratistas que deciden juntar esfuerzos para presentar propuestas económicas en los diferentes procesos de selección adelantados por las entidades nacionales y ejecutar los contratos adjudicados, pero sin perder su individualidad frente a las propuestas presentadas y frente a las entidades contratantes.

Los integrantes del consorcio, individualmente considerados, están obligados a responder por el contenido de la propuesta económica presentada por el consorcio del cual hacen parte, y, por tanto, por la comisión de cualquier conducta ilegal y anticompetitiva como la investigada en el presente proceso.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia

Según el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un Acuerdo es “...Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

La norma en mención amplía el término “Acuerdo” aplicable al régimen de libre competencia en Colombia, con el fin de que dicho término incluya toda manifestación entre dos o más personas, sin importar la forma jurídica del acuerdo.

La carencia de formalidades es irrelevante para la determinación de acuerdo.

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

El régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales.

Un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.

Al tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.

El hecho de que este tipo de conductas 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 concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. 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 no es cierto que la Autoridad 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.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Aspectos subjetivos de la conducta

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 se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 de 2015.

Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019

En Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

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.