

**Radicación: 15-81775 – “Vigilancia SIC”**

**Resolución No. 42216 del 03 de septiembre de 2019**

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

*Los acuerdos restrictivos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 comportan una conducta en la que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de coludir en un proceso de selección contractual público y afectar la libre competencia, sin importar la forma 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”.*

*Lo que resulta censurable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo o cualquier práctica 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, 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.*

*Tal es la gravedad de la conducta, 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 Penal.*

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en licitaciones o concursos – Elementos para acreditar la conducta**

*Sobre este punto, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla varias modalidades en las que puede presentarse una conducta anticompetitiva. En el caso del numeral 9, por una parte, están “los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos” y, por la otra, “(...) los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.*

*La infracción se configura al demostrarse cualquiera de los supuestos de hecho plasmados en la misma, por lo que no resulta necesario indicar la manera en que la misma afecta la libre competencia, pues dicha norma ya prevé tal circunstancia, en la medida en que establece que tanto los acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, como los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas, comportan un carácter restrictivo de la competencia. Por lo anterior, tampoco resulta 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 suponga una ilegalidad, situación que, se ve reflejada en la imputación realizada.*

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

*Como ya se ha indicado en diferentes decisiones proferidas por esta Superintendencia, en los casos de cartelización empresarial, como el que se investiga en la presente actuación administrativa, no es necesario realizar un ejercicio de definición de mercado relevante, toda vez que el alcance del acuerdo investigado es el que determina el mercado que presuntamente fue afectado.*

*En otras palabras, el propio acuerdo que se investiga es el que determina cuáles bienes y servicios son los involucrados y cuál es el alcance geográfico del mismo. Por lo cual, contrario a lo manifestado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, no resulta necesario ni adecuado realizar un análisis de mercado relevante como el que se desarrolla en casos de evaluación de integraciones empresariales o en investigaciones de abusos de posición de dominio y otras conductas unilaterales.*

*Lo anterior, fue precisado por esta Entidad, entre otras, en la Resolución No. 80847 de 2015:*

*“Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia [Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010. Versión Pública Hoja No 7.]. Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las empresas cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva [Unión Europea, Caso T-111/2008, MasterCard Inc., MasterCard Europe SPRL v. Commission, 24 de mayo de 2012], lo que en definitiva significa que los*

**Resolución No. 42216 del 03 de septiembre de 2019**

*mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo”.*

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

*Las relaciones preexistentes entre los oferentes en un proceso de selección, sean estas personales o profesionales, no son censurables por sí mismas. 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 altamente común. De tal suerte, no debe entenderse 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 y como lo han reconocido entidades internacionales como la OCDE, los contactos previos entre competidores, acompañados de otras señales de alerta, extrañas e irregulares, pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión.*

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad de las personas naturales**

*En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona 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. Tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción.*

*En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar en el curso de la actuación administrativa lo siguiente:*

- *Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.*
- *Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.*
- *Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.*

*En relación con este último escenario, cobra especial relevancia en el análisis: (i) quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, recaen unos deberes fiduciarios y (ii) quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, esta Superintendencia analizará las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran conocer, o al menos debieran realizar las gestiones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.*

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Significatividad de la conducta – Oportunidad de análisis**

*El análisis de significatividad de la conducta tiene relevancia solamente en el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa, y en nada cambia el carácter ilegal de la misma. Así las cosas, es posible afirmar que el estudio de este elemento ya tuvo lugar en la presente actuación administrativa, y que en virtud de ello procedía la expedición de la correspondiente Resolución de Apertura de Investigación por parte de la Delegatura.*

**Resolución No. 42216 del 03 de septiembre de 2019**

*En esta línea, si bien la Ley no limita los criterios que pueden emplearse para analizar la significatividad de un comportamiento y que esta Entidad ha indicado que “el ordenamiento jurídico no ha establecido ninguna clase de requisito cuantitativo” en su evaluación, es pertinente resaltar un criterio vinculado a los fundamentos de la potestad sancionadora de la administración y cuyo propósito es generar observancia y respeto del orden jurídico, este es el carácter de prevención general.*

*La finalidad referida permite concluir que un comportamiento es significativo si genera una afectación a la competencia en el ámbito en el que tiene lugar y si un pronunciamiento de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** es idóneo para precisar el carácter reprochable de esa conducta y para impedir su difusión en ámbitos más extensos. Esto es así porque en esa hipótesis los recursos de la Entidad estarán adecuadamente utilizados si se dedican a la investigación y represión del comportamiento en cuestión puesto que, de esa forma, indudablemente se orientarían a la protección del interés general. Nótese que, de conformidad con lo que ha precisado reiteradamente esta Entidad, ese es precisamente el contenido del concepto de significatividad: un mandato que impone a la Entidad orientar sus recursos a investigar comportamientos que podrían afectar el interés general.*

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Excepciones – Facilidades comunes**

*El numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 dispone una de las excepciones establecidas en la ley para la aplicación del régimen de libre competencia, a saber, los acuerdos que recaigan sobre procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.*

*En este sentido, es importante mencionar que esta Superintendencia ha sido enfática en reconocer que para la aplicación de la mencionada excepción es indispensable la existencia de una facilidad común, entendida esta última como cualquier bien o servicio que, no perteneciendo privativamente a uno o más competidores, puede ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado”.*

*Para que se configure la tercera excepción deben confluir principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, concepto que no puede ser confundido con el de facilidad esencial al que ya se ha referido este Despacho en el presente acto administrativo, descartando su aplicación en el caso bajo estudio.*

*En efecto, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “común” hace referencia a una cosa “Que no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios”. De esta manera, se deduce que aquellas facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.*

*La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes.*

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

*Sobre la necesidad de definir y tener en cuenta si el actuar de los investigados fue culposo o doloso, el Consejo de Estado ha señalado que 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.*

*Así las cosas, 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.*

*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.*

Resolución No. 42216 del 03 de septiembre de 2019

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA** – Acuerdos restrictivos de la competencia – Conductas anticompetitivas por efecto y conductas anticompetitivas por objeto

*El régimen de competencia en Colombia diferencia entre las conductas anticompetitivas por su efecto y las conductas anticompetitivas por objeto, como es el caso de las colusiones en licitaciones públicas.*

*De esta forma, 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.*

*En el supuesto de un acuerdo anticompetitivo **por objeto**, solo será necesario probar la efectiva existencia del mismo para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre competencia en Colombia. Por este motivo, no es de ninguna manera necesario que la Autoridad, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, tenga que demostrar los efectos de dicho acuerdo en el mercado.*