

Radicación: 17 - 292981 – Caso “PAE FRUTAS”

Resolución No. 71584 del 9 de diciembre de 2019

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

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo.

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 llegan a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, 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. Estas conductas son consideradas 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 impide un uso eficiente de los recursos públicos.

[C]ualquier 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.

[R]esulta indiscutible que los investigados, con independencia de que (i) hubieran sido seleccionados o contaran con los requisitos habilitantes, (ii) hubieran sido quienes convocaron a la reunión, o, (iii) hubieran tenido un previo conocimiento acerca del propósito de la reunión, a lo largo de las mismas participaron activamente en la discusión de los precios, utilizaron ayudas visuales para hacer más efectiva la discusión, acordaron presentar observaciones –las que en efecto tuvieron lugar conforme se había previsto– y no se presentaron al proceso de selección.

[E]l artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no establece (...), así como tampoco existe una posición por parte de esta Superintendencia, ni vía jurisprudencial, que indique que los acuerdos anticompetitivos tendrán lugar únicamente cuando la totalidad de los agentes del mercado hagan parte del mismo.

[E]l encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, “licitaciones o concursos”, sino que por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, sin importar la modalidad de que se trate.

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

[A] diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que abarcan procesos de compras públicas el mercado afectado es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes.

De acuerdo con lo anterior, el mercado que surge en virtud de la interacción de la entidad pública contratante y los proponentes, se caracteriza por al menos satisfacer las siguientes dos (2) condiciones: (i) temporal, toda vez que nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato resultante y, (ii) excluyente por cuanto que una vez adjudicado o definido el proceso de selección contractual, no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo, motivo por el cual se conoce como una competencia “por el mercado” y no competencia “en el mercado”.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Colusión en licitaciones o concursos – Abuso de la figura jurídica de Unión Temporal

Resolución No. 71584 del 9 de diciembre de 2019

[P]ara este Despacho la justificación de haber decidido conformar una **UT** para distribuir el riesgo es entendible y no puede ser descartada.

[E]l Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la figura de la Unión Temporal bajo la perspectiva de la Administración Pública. En su concepto, el legislador previó la figura de las uniones temporales con el fin de incrementar la participación en los procesos de selección del Estado, “...pues existen personas que no se presentan a las convocatorias, por diversos motivos, entre ellos, se encuentran a que individualmente no reúnen uno o varios de los requisitos exigidos por los pliegos de condiciones, **o por el contrario, aunque cumplen con los requisitos para ofertar pretenden con la asociación mejorarlos, o también, se puede presentar el evento que lo que se quiera es distribuir los riesgos...**”. Así como también ha resaltado que “la conformación de integrantes plurales tiene como finalidad ser un instrumento de cooperación entre empresas que requieren asumir conjuntamente una tarea económica, **con la finalidad de distribuirse los riesgos que puede implicar la actividad y aunar esfuerzos** técnicos, administrativos y tecnológicos” (Negrilla fuera de texto).

[D]el análisis del presente caso y de las diferentes razones que llevaron a la conformación de la Unión Temporal, para el Despacho no se encuentra acreditado en el expediente, más allá de duda razonable, que la conformación de la **UTAS** haya sido un mecanismo anticompetitivo creado por los investigados mediante un abuso de la figura jurídica para restringir la libre competencia económica y no que haya obedecido a otros motivos como compartir riesgos.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Colusión en licitaciones o concursos – Conductas anticompetitivas por efecto y conductas anticompetitivas por objeto

[E]l 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 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 le es exigible a la Autoridad 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 – Alcance del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

[E]l texto de la Ley 1340 de 2009 el legislador estableció un título de guía que no corresponde al contenido de la norma y que, por el contrario, ni la versión original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, ni la modificación hecha por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establecieron la exigencia de un sujeto calificado para su aplicación. Por este motivo, esta Superintendencia no encuentra sustento en afirmar que esta norma está destinada a aplicar únicamente sobre personas jurídicas sino que, por el contrario, aplica a cualquier persona, de cualquier naturaleza, que incurra en algunas de las conductas establecidas como violatorias al régimen de libre competencia en Colombia.

[L]a lectura literal del texto se desprende que **su aplicación sigue destinándose a cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, tal y como se contemplaba en el texto original.**

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Régimen sancionatorio – Circunstancias de atenuación – Colaboración/Allanamiento

[E]l allanamiento es una figura creada con el ánimo de ayudar a la eficiencia de la administración de justicia, que inicia con el acto voluntario del procesado quien a cambio de una rebaja en la pena decide aceptar, sin reparo alguno, la imputación que le ha sido formulada. Así, el acto de conformarse con la imputación no puede ser forzada, no puede mediar ningún condicionamiento acerca de la responsabilidad que se está aceptando y debe generarle al imputado una recompensa por el hecho de ahorrarle esfuerzos y recursos al Estado.

Del examen al régimen de libre competencia en Colombia se advierte que la figura del allanamiento, tal y como se estudió en el acápite anterior, no se encuentra establecida. Sin embargo, el párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 alude a que la “colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”, situación que de manera analógica podría considerarse como un desarrollo de la misma.

[L]a aceptación expresa de los cargos imputados por parte de un investigado puede traducirse como una colaboración con la Autoridad en la investigación de la conducta, lo que representaría una circunstancia de atenuación de la sanción, de conformidad con el párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Resolución No. 71584 del 9 de diciembre de 2019

[S]i bien el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 se ocupó de establecer que la colaboración de agentes de mercado con la autoridad de competencia es generador de circunstancias de atenuación, el artículo 26 de la misma normativa no estableció similar beneficio a las personas naturales. No obstante lo anterior, con el ánimo de permitirles a las personas naturales gozar del mismo, esta Superintendencia dando aplicación al principio de favorabilidad y haciendo una interpretación extensiva del espíritu del legislador, entenderá que las personas naturales que colaboren con la autoridad también podrán ser acreedoras a la atenuación de la sanción.

[Q]ue una de las características de la figura del allanamiento, de la cual se sirve esta Superintendencia como marco de referencia para resolver una posible atenuación de la sanción por colaboración, consiste en que en la aceptación del cargo no medie ningún condicionamiento acerca de la responsabilidad que se está aceptando. Tal situación no se observó en las presentes actuaciones ya que los investigados de manera insistente trataron, en unos casos, de desvirtuar su responsabilidad y, en otros, de justificar su actuar.

[E]sta Superintendencia recibe con complacencia las solicitudes de colaboración en las investigaciones que se adelantan por prácticas restrictivas de la competencia, tales como la participación en el programa de beneficios por colaboración o la aceptación de cargos, ante lo cual se otorgarán los beneficio o atenuaciones correspondientes. No obstante, como se explicó anteriormente, en el presente caso, este Despacho debe abstenerse de conceder atenuación alguna de la sanción dado que los investigados, a pesar de haber aceptado el cargo de colusión, a lo largo de la investigación, no facilitaron de una manera efectiva la solución de la imputación formulada.