

Radicación: 11- 12476 – Caso “AEROCAFÉ”

Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018

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

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”.

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 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.

(i) el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no establece, como condición para la configuración de la conducta, que el acuerdo colusorio deba versar exclusivamente sobre el factor “precio” de los productos o servicios correspondientes, de manera que no existe ningún fundamento para asegurar que no pueden concretarse colusiones en procesos que no giren en torno a aquel factor de competencia; y (ii) en línea con lo anterior, es natural que en el marco de concursos de méritos en los que el precio NO es un factor preponderante, los eventuales acuerdos anticompetitivos que se presenten no versen sobre tal aspecto, sino precisamente sobre aquellos factores que tengan más relevancia (como la experiencia, en este caso). (...) Lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes actúen coordinadamente (independientemente del factor alrededor del cual verse tal coordinación) en procesos de contratación estatal donde –por ley- están llamados a fungir como competidores y en el marco una real rivalidad comercial, pues tal actuar concertado indefectiblemente modifica artificialmente los resultados de la correspondiente adjudicación y defrauda no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan transparentemente en la competencia por ese mercado.

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. 85898 del 23 de noviembre de 2018

Que entre dos supuestos competidores hayan existido recomendaciones mutuas sobre aspectos que eran determinantes para el buen devenir de los procesos de selección, (...) da cuenta de un actuar colaborativo que no se compece con un ambiente de real rivalidad comercial.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Colusión en licitaciones o concursos - Conductas anticompetitivas por objeto

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 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 que 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 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 – Acuerdos restrictivos de la competencia – Colusión en licitaciones o concursos – Estructuras plurales

Carece de todo sentido y racionalidad competitiva el hecho de que un proponente gestione la conformación de un consorcio competidor con experiencia suficiente para que concurra a concursos de méritos con mejores posibilidades de ganar.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria – Indicios

Los indicios deben analizarse en conjunto con el material probatorio obrante en el expediente.

Este tipo de evidencias apoyan –no fundamentan- las conclusiones hechas en este sentido, pues no es el análisis aislado de un elemento probatorio, sino el estudio integral de todos ellos, lo que permite llegar a conclusiones respecto del ilícito imputado.

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

Las reglas de la experiencia permiten inferir que es muy poco probable que dos propuestas elaboradas de forma independiente coincidan en la estimación de rubros que son de evidente variabilidad, como los costos de personal profesional y otros costos directos (por ejemplo, papelería, fotocopias, heliografías y “plotter”, servicios telefónicos y de internet, entre otros).

Este tipo de coincidencias económicas representan una evidencia clara de que las propuestas no fueron realizadas de forma independiente, sino, por el contrario, de manera coordinada entre estos supuestos competidores.

INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad facultad sancionatoria

Al respecto, este Despacho pone de presente que comparte las conclusiones de la Delegatura en relación con la contabilización del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, tomando en consideración el momento a partir del cual cesaron los efectos generados con la conducta. Así las cosas, si en el respectivo proceso de selección contractual se logró la adjudicación del contrato como consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia (...) el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe comenzar a computarse a partir de la liquidación del contrato estatal. Por el contrario, si no se logra la adjudicación del contrato estatal y resulta como ganador un tercero, el término de caducidad empezará a contarse a partir del acto de adjudicación.

Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018

Las conductas anticompetitivas como las que se investigan en este caso no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas, sino que se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública y su posterior ejecución una vez adjudicado.

Aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas o del interés de participar o de las observaciones, sin que el mantenimiento de su participación o la interacción con la Entidad pública de los investigados constituya la continuidad de sus conducta, llevaría a desconocer que la presentación coordinada de una propuesta sigue constituyendo un comportamiento restrictivo y generando efectos en tanto se perpetúe la participación, especialmente en casos como el aquí analizado, en el que se actuaba conjuntamente desde la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas e incluso durante la fase de ejecución de los contratos objetos de estudio.

Las conductas de colusión como las que aquí se investigan son continuadas o de tracto sucesivo, que se prolongan hasta la adjudicación o hasta la liquidación del contrato respectivo, dependiendo de si resulta exitosa la estrategia de los infractores (...) o no.

Cuando el proceso es adjudicado aun participante que compitió con estrategias restrictivas y anticompetitivas, la conducta se perpetúa más allá del acto de adjudicación. Por lo tanto, la ejecución de la afectación a la competencia en este tipo de casos se sigue materializando hasta que finaliza la afectación en el mercado, que, para el caso de ser adjudicados, es su liquidación.

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general

Esta Entidad² y la propia Corte Constitucional –en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959– han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, 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 (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

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. Tiene que existir un hecho que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión³.

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 dentro del 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, conocía o por lo menos debió haber conocido 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.*

Según lo anterior, esta Superintendencia ha considerado que para vincular y sancionar a una persona natural por estar involucrada con una conducta anticompetitiva, resulta necesario encontrar dentro de la actuación

² Entre muchas otras: Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014. “Por la cual se impone unas sanciones y se adoptan otras decisiones”.

³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, págs. 93-94; Resolución 23521 del 12 de mayo de 2015, págs. 47-48; Resolución 16562 del 14 de abril de 2015, pág. 54.

Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018

administrativa pruebas que den cuenta de la conducta activa o pasiva de la persona vinculada al agente de mercado infractor.

Ahora bien, tratándose de conductas pasivas o por omisión, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución e incluso, a quien, 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.

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.