

**Radicación: 16-453444 – “Caso Cartel Tubería”**

**Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019**

### **DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA – Generalidades**

*El derecho a la libre competencia económica se encuentra establecido en el artículo 333 de la Constitución Política como un derecho de tipo colectivo. Este artículo establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, siendo posible la intervención del Estado para evitar que la libre competencia se obstruya o se restrinja por parte de los agentes en detrimento del mercado y los consumidores. En este sentido, además de ser un derecho, es un deber a través del cual se imponen restricciones a los agentes de mercado y a las personas naturales vinculadas a ellos, deberes que están encaminados a que estos cumplan la ley. Bajo esta óptica, algunas de las obligaciones y deberes que surgen para los particulares en el ejercicio de la libre empresa son aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.*

*La protección de la libre competencia económica garantiza el correcto desarrollo de la economía social de mercado dentro del Estado colombiano, esto en pro del interés general, buscando cumplir los propósitos de la libre participación de empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, siendo la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad encargada de garantizar la efectividad de ese derecho constitucional.*

### **PROGRAMA DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN – Aspectos esenciales**

*En esencia, el programa de delación consiste en el mecanismo a través del cual un empresario, que forma parte de un cartel empresarial, queda exonerado total o parcialmente del pago de la sanción económica que, de otro modo, le hubiera tocado pagar. Lo anterior, a cambio de informar la existencia del cartel y aceptar su participación en el mismo ante la autoridad de competencia, así como aportar pruebas e información sobre su funcionamiento, duración, participantes, etc.*

*En efecto, entre los beneficios que resultan de contar con un efectivo Programa de Beneficios por Colaboración está el incremento de las posibilidades de detectar y sancionar un cartel empresarial.*

*Ahora bien, para un adecuado funcionamiento del programa de delación y lograr que este brinde los resultados esperados, se requiere conjugar una serie de elementos, en la medida en que se trata de un sistema de beneficios, compensaciones o recompensas, por lo que la decisión de delatar debe representar un beneficio real al delator, esto es, debe existir un sistema de incentivos que induzca al presunto cartelista a participar activamente en el programa.*

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

*Respecto de la pertinencia de definir el mercado relevante en los casos de cartelización empresarial, este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que en los mismos no es necesario definir el mercado relevante, toda vez que el mercado presuntamente afectado se determina por el alcance mismo de la conducta cartelista. En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio considera suficiente identificar los bienes y/o servicios sobre los que los investigados realizaron el acuerdo anticompetitivo, y el territorio en el cual eran ofrecidos dichos bienes y/o servicios.*

*No obstante lo anterior, esta Entidad ha insistido en que el hecho de que la definición del mercado relevante no sea un prerequisite para analizar los casos de carteles empresariales no significa que no deba caracterizarse el mercado en el que participan los agentes investigados y en el que se ha desarrollado la presunta conducta anticompetitiva, pues es dicha caracterización la que también permite a la Superintendencia de Industria y Comercio analizar las condiciones del mercado y determinar el efecto real o potencial que sobre el mercado tuvo la conducta de los investigados.*

### **INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – Procedimiento –Etapas y sus características**

*Se advierte que la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia inicia una vez un tercero presenta una denuncia o queja a la Delegatura para la Protección de la Competencia o cuando el Superintendente de Industria y Comercio o el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia así lo determinen, hecho con el cual inicia la formación del expediente administrativo (artículo 36 CPACA). En ese entendido, del artículo 52 en comento se desprende la existencia de tres etapas que conforman el procedimiento administrativo sancionatorio: (i) etapa preliminar o de averiguación preliminar, (ii) etapa de investigación y (iii) etapa de decisión.*

*La primera de las etapas va desde el momento en que se presenta la queja, denuncia o la solicitud de acceso al PBC [Programa de Beneficios por Colaboración] hasta el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia formula pliego de cargos e inicia una investigación formal o hasta el momento en que este profiera una resolución de archivo. Desde ese momento, es decir, una vez iniciada la actuación*

**Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019**

administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio puede hacer uso de las facultades otorgadas por el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, especialmente las previstas en los numerales 62, 63 y 64. En otras palabras, la ley no establece que para el ejercicio de las facultades otorgadas a esta Superintendencia, especialmente las de recaudar y practicar pruebas, deba existir un memorando del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia enviado al Coordinador del Grupo de Trabajo respectivo solicitándole apoyar una averiguación preliminar. En consecuencia, una vez iniciada la actuación y verificada la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, esta puede hacer uso de sus facultades constitucionales y legales.

Adicionalmente, resulta relevante indicar que el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que la etapa de averiguación preliminar es una etapa informal y facultativa.

Además de esas dos características, las etapas previas al acto de apertura de investigación tienen la condición de ser reservadas.

La segunda etapa (etapa de investigación), va desde el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia abre formalmente la investigación, formula pliego de cargos y vincula a las personas que presuntamente infringieron las normas sobre libre competencia hasta que presenta el informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio, en el cual recomienda sancionar o archivar la investigación en favor de los agentes y/o personas investigadas. En el marco de esta los investigados tienen la oportunidad de defenderse –presentando sus descargos–, solicitar y aportar pruebas y, de manera posterior, contradecir y desvirtuar las pruebas que en su contra existan. Es entonces durante esta etapa que se da el debate probatorio.

Finalmente, la etapa de decisión es la que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio y en la cual este expide el acto administrativo que decide la actuación administrativa, previa sesión del Consejo Asesor de Competencia en caso que haya lugar a sanción. Esa decisión puede ser de sanción o de archivo de la investigación, frente a la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario”.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – Visitas administrativas – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para realizarlas**

“En primer lugar debe advertirse que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio del poder de policía administrativa, ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control. Para el ejercicio de estas funciones, esta Superintendencia cuenta con diferentes medios y herramientas, dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de adelantar visitas de inspección administrativa conforme lo indicado por el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011. Las visitas son adelantadas por servidores públicos de la Delegatura para la Protección de la Competencia y su fin es recaudar las pruebas que sean conducentes, útiles y pertinentes para verificar que las personas vigiladas estén cumpliendo con lo establecido en el régimen de la libre competencia económica. Según la Corte Constitucional, “las visitas de inspección son diligencias administrativas en las que la SIC recauda diferentes elementos probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC”.

Conforme su naturaleza meramente administrativa, no es posible afirmar que estas visitas requieran de autorización judicial para su práctica como tampoco que deban ser realizadas previo aviso a la persona que será visitada.

“Conforme lo señalado por la Corte Constitucional, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para adelantar visitas de inspección administrativa, cuyo origen se encuentra en el inciso 4 del artículo 15 de la Constitución Política, diligencias en las que se ingresa a las instalaciones de las empresas para examinar los archivos y recaudar toda la información que tenga conexidad con la función a cargo de esta Superintendencia para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales, se solicita a las personas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio y se toman declaraciones de los funcionarios de la empresa. En este sentido, la revisión, búsqueda y retención de documentos que se haga en el marco de las visitas no vulneran el derecho al debido proceso y no constituyen un registro o una interceptación de comunicaciones.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – Visitas administrativas – Competencia de contratistas para realizarlas**

El numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 establece como una de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio el “conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bien de los consumidores y la eficiencia económica”. A su vez, el numeral 4 del artículo 9 del mismo Decreto establece como función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia “tramitar, de oficio o a solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia”. La anterior es una de las muchas funciones que a su cargo tiene ese funcionario. En ese orden de ideas no le es posible ejercerlas por sí solo, motivo por el cual debe acudir al fenómeno de la desconcentración. Como su mismo nombre lo indica,

**Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019**

*“el propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos”.*

*De presentarse la situación en que el personal de planta de la entidad pública no sea suficiente para el cumplimiento de sus fines, esta puede acudir a la contratación de servicios. En consonancia con esto, el literal h del numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece como causal de la contratación directa los casos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, entre otros. Dentro de este marco normativo, el Consejo de Estado ha definido los contratos de prestación de servicios “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados” y:*

*“Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional.*

*Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación”.*

*Teniendo en cuenta esta normativa, es claro que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio puede contratar los servicios profesionales de abogados y economistas, entre otros, cuando su planta de personal no resulte suficiente.*

*Por su parte, el Superintendente de Industria y Comercio, en su calidad de representante legal de la Entidad, delega la función de contratar a la Secretaría General, quien se encarga de suscribir con cada profesional el respectivo contrato; contratos en los cuales se establece la función de participar en las visitas de inspección administrativa. En tal sentido, dichos contratistas son competentes para participar en la práctica de las visitas de inspección administrativa.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – Visitas administrativas – Delimitación objeto y tema de la diligencia**

*Si bien las facultades probatorias de esta Superintendencia se encuentran delimitadas en cuanto a su objeto y tema de la prueba, esta Entidad no está en la obligación de informar exhaustivamente el objeto de la visita indicando con precisión la conducta que se investiga puesto que (i) el artículo 13 de la Ley 155 de 1959 reza que las actuaciones desarrolladas en la etapa preliminar son de carácter reservado y (ii) en la etapa preliminar o de averiguación preliminar no existe una imputación concreta que reúna las condiciones señaladas por el artículo 47 del CPACA, solo existe una mera hipótesis de investigación.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – Visitas administrativas en averiguación preliminar – Oportunidad derecho de contradicción y defensa**

*El numeral 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 no establece que la persona a quien se le interroge deba estar asistida por un profesional del derecho. Lo anterior por cuanto en la etapa preliminar o de averiguación preliminar no hay imputación alguna o prueba que contradecir, es decir que lo único que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio en ese punto de la actuación es recaudar información que le permita verificar el cumplimiento de la ley. Conforme lo anterior, el derecho de contradicción y defensa cobra especial relevancia y surge a la vida jurídica una vez se inicie la investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia y se imputan los respectivos cargos.*

*El momento oportuno para contradecir las pruebas recaudadas en el marco de las visitas de inspección administrativa –donde se incluye la información contenida en documentos, declaraciones, etc.– y objetar la relación de conexidad de ellas con el objeto de investigación es durante la etapa de investigación en la cual ya existe una imputación fáctica y jurídica determinada fundada en medios de prueba.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA – MONTO DE LAS SANCIONES – Proporcionalidad**

*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 que la norma establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.*

**Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019**

*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 esta Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con tuberías en concreto para alcantarillado, producto que, como se mencionó anteriormente, tiene un rol importante en el desempeño de empresas de servicio público en Bogotá y alrededores encargadas de recolección, transporte y disposición de residuos, que en el mercado demandan como insumo este tipo de tuberías. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en este sector tendrá un impacto importante en la economía y el bienestar de la población.*

*Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, utilidades 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.*