

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN **31079** DE 2019(**29 JUL 2019**)

Radicación: 15-240653

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIOEn ejercicio de facultades legales, y en especial las previstas en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, y**CONSIDERANDO**

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019 (en adelante “Resolución Sancionatoria” o “Resolución No. 12156 de 2019”)², la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS, COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.** (en adelante “**FERLAG**”) e **INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.S.** (en adelante “**INVERSIONES Y SUMINISTROS**”) por haber incurrido en la conducta infractora del régimen de protección de la libre competencia económica prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia).

De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO** y **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS**, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por ejecutar y tolerar la conducta anticompetitiva violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS, FERLAG, INVERSIONES Y SUMINISTROS, LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO** y **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS**, interpusieron, de manera conjunta, recurso de reposición contra dicho acto administrativo³.

A continuación, se expondrán los principales puntos de los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

- En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio omitió tener en cuenta que los Acuerdos Marco de Precios transgreden *per se* la libre competencia. Adicionalmente, la Entidad no probó la existencia de efectos anticompetitivos en los cinco (5) procesos licitatorios y los tres (3) Acuerdos Marco de Precios en los que participaron los sancionados.
- Con el fin de establecer la violación al régimen de libre competencia en Colombia, debe realizarse el análisis de las conductas reprochadas en el marco de los respectivos mercados relevantes, de forma que pueda analizarse posteriormente la existencia de conductas y efectos anticompetitivos en los mismos.

En el caso en concreto, las conductas sancionadas se enmarcan en los respectivos procesos de contratación pública adelantados por Colombia Compra Eficiente. Dichos procesos se rigen por un sistema de agregación de demanda de diversas entidades públicas, con el fin de centralizar el poder de compra de las mismas.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Folios 2528 al 2573 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 15-240653.

³ Folios 2695 al 2711 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- En virtud de lo anterior, Colombia Compra Eficiente pone en marcha, inicialmente, una operación principal, la cual está destinada a buscar la selección de los diferentes proveedores de las entidades. Para esto, los participantes presentan sus ofertas de acuerdo a las condiciones contractuales uniformes, las cuales son establecidas unilateralmente por Colombia Compra Eficiente.

El hecho que sea Colombia Compra Eficiente quien determine las condiciones contractuales, facilita la existencia de conductas anticompetitivas y que solo puedan participar en los respectivos procesos que conforman la operación principal las empresas que cumplan con dichas condiciones.

- Una vez culminada la operación principal, se inicia una operación secundaria, la cual solo tiene lugar una vez se hayan seleccionado los proponentes que pasarán a conformar una lista cerrada de proveedores, quienes serán los únicos habilitados para presentar ofertas en el marco del respectivo Acuerdo Marco de Precios.

No obstante, el factor de selección que será tenido en cuenta durante la operación secundaria será el de menor precio, lo cual afecta la libre competencia y trae consigo un efecto colateral de generación de oligopolios. Así, la Superintendencia no tiene en cuenta que en realidad solo entran en disputa por la adjudicación de las diferentes órdenes de compra los proveedores que tengan el dominio del mercado o una posición preponderante en el mismo, quienes serán los que puedan ofrecer el menor precio, toda vez que los pequeños agentes no tiene la capacidad de competir contra ellos.

- La Superintendencia argumentó la presencia de dos efectos anticompetitivos: (i) la reducción de la posibilidad de que las entidades Estatales contrataran con un mayor número de agentes independientes; y (ii) la exclusión de competidores que contaban con la capacidad de ejercer una mayor presión competitiva.

Sin embargo, dado que los Acuerdos Marco de Precios crean una “bolsa” de varios proponentes, no es posible establecer que se genere una reducción en la capacidad de las entidades para escoger entre un gran número de ofertas. Por el contrario, si existe algún tipo de limitación, la misma se da es por el sistema establecido para los Acuerdos Marco de Precios.

De igual forma, es impreciso argumentar que por la conducta de los sancionados en el presente caso, se excluyeron competidores que pudieran presentar una mejor oferta, y así crear una mayor presión competitiva. Esto dado que, en realidad, era Colombia Compra Eficiente quien hacía la selección de las ofertas y decidía excluir competidores.

- La Superintendencia no hizo ningún análisis sobre la existencia o no de efectos anticompetitivos en cada uno de los mercados relevantes en que participaron los investigados. Así, la simple existencia de un actuar conjunto y coordinado entre competidores no da lugar a sanciones administrativas. Debe demostrarse adicionalmente que la conducta en cuestión resultaba idónea para falsear la competencia en cada proceso.

No obstante, solo se presentó prueba de exclusión de competidores en uno de los cinco procesos investigados y no se presentaron pruebas respecto al supuesto desgaste institucional generado por evaluar las propuestas coordinadas de los investigados.

Además, no se tuvo en cuenta que en dos de los procesos de selección en cuestión (LP-AMP-088-2016 y LP-AMP-138-2017) era imposible que la conducta resultara idónea para falsear la competencia, toda vez que uno se declaró desierto y en el otro las empresas sancionadas no resultaron seleccionadas como proveedoras de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

- Respecto a la graduación de la sanción impuesta a **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS, FERLAG e INVERSIONES Y SUMINISTROS**, la Superintendencia cometió los siguientes errores:

(i) En relación con el impacto de la conducta, no tuvo en cuenta que el número de órdenes de los investigados en los respectivos procesos fue mínimo, por lo cual el impacto fue casi imperceptible. Adicionalmente, las entidades Estatales contaban con más opciones de proveedores, por lo cual el impacto no fue significativo.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

(ii) En relación con la dimensión del mercado, este es un criterio que no fue contemplado por el legislador, por lo cual no podía ser analizado de manera independiente al impacto de la conducta.

(iii) En relación con el beneficio obtenido, la Superintendencia no tiene en cuenta que solo resultaron seleccionados en tres (3) de los cinco (5) procesos investigados, por lo cual realizó una valoración errónea al respecto. Adicionalmente, la Superintendencia calculó las sanciones teniendo en cuenta el porcentaje del patrimonio líquido e ingreso de los investigados de los años 2016 y 2017. Sin embargo, dicho criterio no ofrece información real sobre el supuesto beneficio de la conducta. Adicionalmente, es arbitrario que para algunos investigados la Superintendencia haya usado la información financiera del año 2016 y para otros del año 2017.

(iv) Finalmente, en relación con el criterio de persistencia, el mismo no se tuvo en cuenta por parte de la Superintendencia, cuando en realidad debió habersele dado aplicación toda vez que los recurrentes cesaron la conducta anticompetitiva desde el momento en que quedó en firme la Resolución No. 24029 de 2018, por la cual se adoptó la medida cautelar de excluirlos de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

- Respecto a la graduación de la sanción de **LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO** y **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS** la Superintendencia cometió los siguientes errores:

(i) No tuvo en cuenta que **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS** no participó durante todo el tiempo de la conducta, sino únicamente entre los años 2014 y 2016.

(ii) Para establecer la sanción de **LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO** no se tuvo en cuenta el criterio de proporcionalidad, toda vez que su multa es de casi el doble de la multa de **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS**, sin embargo solo hubo una diferencia de un año en la participación de ambas sancionadas en la conducta reprochada.

TERCERO: Que en virtud a que los sancionados no presentaron ni solicitaron pruebas junto a sus recursos de reposición en los términos establecidos por el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), y de conformidad con el artículo 80 del mismo código, este Despacho procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en el recurso de reposición interpuesto conjuntamente por todos los sancionados contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales, previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, los cuales catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

En este sentido, las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de “consumidores” en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.

En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia económica **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Es precisamente por eso que, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos.

Adicionalmente, en las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos tienen niveles y tasas más altas de crecimiento

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia⁴.

De acuerdo con la OCDE⁵:

"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.

Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"⁶.

En efecto, la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, y que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado.

En últimas, la sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas derivan en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial.

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

⁴ Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?" No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012". Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". 2012.

⁵ OCDE corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

⁶ OCDE. "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia". 2014. Págs. 2 y 3.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, protege a los empresarios, generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en un contexto competitivo, cada día producirán más y mejores productos y prestarán más y mejores servicios, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

(...)

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigadores, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos – ubicados en otros eslabones-, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción”.⁷

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

*“En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención “no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella”. Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, **desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la***

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redunde en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos⁸. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio, incluido el Estado cuando adelanta procesos de contratación para adquirir bienes y servicios que satisfagan sus necesidades.

Ahora bien, y en línea con lo anterior, esta Autoridad ha dispuesto que los comportamientos de los proponentes en un proceso de contratación estatal, encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de dichos procesos, con el fin de incrementar las probabilidades de resultar adjudicatarios, constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica. Lo anterior, debido a que un comportamiento de esa naturaleza resulta idóneo para impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que tomen parte en dicho proceso.

En efecto, los agentes del mercado que desarrollen una conducta como la descrita podrían incrementar ilegítimamente la probabilidad de resultar adjudicatarios del contrato correspondiente, en detrimento de las probabilidades con que contarían sus verdaderos competidores. En otras palabras, el comportamiento coordinado de los proponentes lleva a un incremento artificial de su probabilidad de resultar favorecidos por el mecanismo de evaluación previsto en el proceso de selección, y ese aumento en la posibilidad de resultar adjudicatarios se sustenta en una consecuente reducción de la probabilidad de éxito que tienen los demás proponentes. Por lo anterior, la conducta resulta a todas luces inconveniente en términos de transparencia e igualdad.

Incluso, comportamientos como el dispuesto podrían también resultar idóneos para impedir que la oferta elegida sea aquella que ofrezca mejores condiciones para el Estado, pues el comportamiento coordinado de proponentes que se sustenta en una competencia y autonomía aparente conduce, en la práctica, a una menor presión competitiva que puede desincentivar la presentación de mejores ofertas y representar, en últimas, condiciones menos favorables para la entidad contratante.

En línea con lo anterior, se pone de presente que el comportamiento mencionado resulta reprochable porque, además de violar el régimen de competencia económica, implica un desconocimiento de los fines y principios que gobiernan los procesos de contratación pública. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-415 de 1994, señaló lo siguiente:

*"No puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga la oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia. Para el efecto es de rigor que se mantenga el secreto de las propuestas hasta el momento en que se abra la urna. Igualmente, para este propósito, se precisa, que entre los participantes, estimulados por la sana confrontación, se imponga la vigilancia recíproca de modo que se denuncie todo tipo de vicios e incorrecciones que se observe en el proceso."*⁹

Por lo anterior, este Despacho ha manifestado que un comportamiento como el descrito anteriormente conlleva consecuencias equivalentes a las que produce una conducta como la colusión en las licitaciones públicas. En este sentido, vale la pena citar la Resolución No. 91235 de noviembre 24 de 2015, en relación con los efectos nocivos de las colusiones:

"(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no sólo 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 bid rigging o collusive tendering, y es considerada como

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto debido a que no sólo vulnera ese bien jurídico, sino también los bienes públicos. (...).

(...)

Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado¹⁰.

Así como lo ha reiterado este Despacho en otras ocasiones¹¹, la colusión en la contratación estatal produce, 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) se pueden incrementar 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".

Así las cosas, un análisis serio de los efectos enunciados en el aparte transcrito permite advertir que estos tienen lugar igualmente cuando se presenta la participación de proponentes en determinado proceso de selección, quienes se comportan como competidores independientes y autónomos cuando en realidad no lo son. Esto es así ya que ambas conductas generan o tienen la potencialidad de generar una modificación artificial de los resultados de la adjudicación correspondiente, con lo que producen coincidentemente consecuencias negativas como la defraudación del interés público, la limitación de la participación de los demás proponentes que compiten de manera independiente y transparente, la generación de asimetrías de información, la generación de riesgos de incrementos injustificados de precios o disminuciones en términos de calidad, entre otros.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de cómo **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS** controlaba el comportamiento de **FERLAG** e **INVERSIONES Y SUMINISTROS** en diferentes procesos de selección en que participaban. Como resultado de lo anterior, el mercado, los proveedores, acreedores y terceras personas, identificaban a **FERLAG** e **INVERSIONES Y SUMINISTROS** como un solo agente económico.

No obstante, las empresas investigadas, bajo el control de **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS**, participaron en los cinco (5) procesos de Acuerdos Marco de Precios investigados aparentando ser competidores sin realmente serlo, con el objetivo de que fueran incluidas en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, para aumentar su participación y ventas y defraudar dicho proceso competitivo.

Por este motivo, esta Superintendencia encontró en la Resolución 12156 de 2019 que la conducta desplegada por **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS**, **FERLAG** e **INVERSIONES Y SUMINISTROS** en el marco de la operación principal y secundaria de los procesos licitatorios y Acuerdos Marco de Precios No. LP-AMP-017-2014, LP-AMP-088-2016, LP-AMP-102-2016, LP-AMP-120-2016 y LP-AMP-138-2017 fue violatoria del régimen de libre competencia, y que, por tanto, debía ser sancionada por esta Autoridad.

En este orden de ideas, a continuación se procederá a dar respuesta a los diferentes argumentos presentados por los recurrentes en el recurso de reposición presentado de manera conjunta en contra de la Resolución Sancionatoria.

¹⁰ Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, páginas 104 y 105.

¹¹ Cfr. Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.2. Argumentos relacionados con que los Acuerdos Marco de Precios transgreden la libre competencia económica

Los recurrentes manifestaron en su recurso de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que el mecanismo de los Acuerdos Marco de Precios transgrede *per se* la libre competencia económica.

Lo anterior dado que, durante la operación principal, Colombia Compra Eficiente establece de manera unilateral las condiciones contractuales, y únicamente las empresas que cumplan con las mismas podrán participar en el proceso licitatorio.

Por su parte, durante la operación secundaria, se crea una "bolsa" cerrada de proponentes, quienes serán los únicos habilitados para presentar ofertas en las determinadas órdenes de compra emitidas por las diferentes entidades Estatales.

De esta forma, se trata de un sistema que reduce en sí mismo la competencia.

A su vez, para los recurrentes, el hecho que durante la operación secundaria el factor a tener en cuenta sea el menor precio, afecta la libre competencia y trae consigo un efecto colateral de generación de oligopolios. De igual forma, hace que solo los proveedores dominantes o que tengan posición preponderante en el mercado tengan la posibilidad de ser seleccionados, toda vez que los agentes de menor tamaño no tendrán la estructura financiera para competir en precios con las grandes empresas.

Por todo lo anterior, la Superintendencia tuvo en cuenta que la conducta de los impugnantes no era idónea para falsear la libre competencia, toda vez que la misma se encuentra afectada por el mismo sistema establecido para los Acuerdos Marco de Precios.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que la presente discusión ya fue planteada por los impugnantes en el presente proceso administrativo, particularmente en sus observaciones al Informe Motivado presentado por la Delegatura. Por lo tanto, en la Resolución Sancionatoria, se expuso de manera clara las razones por las cuales no se acogen dichos argumentos, teniendo en cuenta incluso una decisión del Consejo de Estado sobre la materia.

En efecto, la Superintendencia manifestó que si bien se ha reconocido que los Acuerdos Marco de Precios, por su estructura, pueden generar riesgos para la libre competencia, esto no los exime de la aplicación de dicho régimen y del control por parte de esta Entidad, como Autoridad Nacional de Libre Competencia en Colombia.

De igual forma, y precisamente para evitar lo anterior, se ha establecido que es tarea de Colombia Compra Eficiente, al momento de estructurar y planear los diferentes procesos, el garantizar las condiciones mínimas para que no se vea afectada la libre competencia, y para que la participación de grandes, medianos y pequeños proveedores sea prevista, evitando dar lugar a prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de la economía de mercado.

En este sentido, este Despacho insiste en sus consideraciones plasmadas en la Resolución Sancionatoria en el sentido de desestimar el argumento respecto a que el sistema de los Acuerdos Marco de Precios es en sí mismo anticompetitivo, pues el mismo ha sido objeto de estricto control por parte de las autoridades correspondientes, exigiendo que a la hora de estructurar y planear los procesos, Colombia Compra Eficiente garantice la participación libre de todos los participantes tanto en la operación principal como en la operación secundaria de los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, aprovecha este Despacho la oportunidad para advertir contundentemente que la defensa a un actuar anticompetitivo por parte de dos o más agentes de mercado no puede ser argumentar que el mercado en el que participan es en sí mismo anticompetitivo y que por tanto no garantiza las condiciones de libre competencia exigidas por el ordenamiento nacional.

Así las cosas, y establecido lo anterior, este Despacho encuentra relevante transcribir lo dicho por esta Superintendencia en el apartado 11.1 de la Resolución Sancionatoria al respecto:

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

“En este sentido, y como respuesta a los argumentos de los investigados, debe reiterarse que los **AMP** tienen dos fases de aplicación. La primera, llamada la operación principal, la cual requiere de una rivalidad vigorosa para lograr la asignación eficiente de los recursos públicos mediante la escogencia de los proveedores que ofrezcan las mejores condiciones para contratar. En esta etapa, lo que se busca es dar la oportunidad a todos los posibles proveedores del bien a contratar, de competir por uno de los cupos de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, para que las entidades estatales puedan escoger a los proveedores que ofrezcan las mejores condiciones para contratar.

De esta forma, culminada esta primera etapa, lo que se busca es que los proveedores que ingresan a la Tienda Virtual del Estado Colombiano garanticen productos de calidad, de forma que pueda darse paso a la segunda fase del proceso.

En esta última, denominada operación secundaria, el Estado se beneficia de economías de escala, las cuales evitan el detrimento del valor de los recursos públicos al facilitar a las entidades estatales el abastecimiento de los bienes y servicios que requieran mediante el ahorro en costo y tiempo que habitualmente se invierten en los procesos de contratación independientes. Así, la operación secundaria promueve una vigorosa competencia en precio, bajo el entendido que los participantes del **AMP** ya han sido escogidos por haber cumplido con los requisitos de calidad exigidos por la entidad.

Ahora bien, este Despacho pone de presente que este punto que ha sido analizado por la jurisprudencia nacional. Así, el Consejo de Estado¹² manifestó al respecto lo siguiente:

“5.- Contratación con arreglo a Acuerdos Marco de Precios. Aspectos liminares.

(...)

5.2.- Así, conforme a las definiciones legales se tiene que un acuerdo marco de precios es un contrato, suscrito entre la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente y unos proveedores de bienes y/o servicios, en cuya virtud se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las Entidades Estatales; estipulaciones estas que tendrán vigencia durante un periodo fijado.

(...)

5.5.- Es claro que los Acuerdos Marco exceden a una mera fijación de precios, como pareciere sugerirlo su denominación legal, pues por medio de este instrumento jurídico se prefijan varias de las cláusulas llamadas a gobernar los futuros negocios jurídicos de las Entidades públicas, bastándole a estas concretar dicho Acuerdo en una orden de adquisición de los bienes o servicios.

(...)

5.17.- Dicho lo anterior, si bien el modelo de contratación basado en Acuerdos Marco puede contribuir a los principios de eficiencia y economía para la Administración Pública, dada sus características y peculiaridades, es preciso señalar que esta figura comercial debe corresponderse con los principios constitucionales y legales de función administrativa (particularmente del artículo 209 superior), la libre iniciativa privada, la libre competencia y los principios y valores de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

5.18.- Siendo una consecuencia de los Acuerdos Marco de Precios concentrar la demanda de las entidades públicas en ciertos proveedores, dado el empoderamiento del Estado como un potencial gran comprador, es claro que a Colombia Compra Eficiente, en la estructuración y planeación de los Acuerdos Marco le corresponde el deber de garantizar en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas la mayor participación de potenciales oferentes, adoptando, por ejemplo, criterios de calificación no susceptibles de manipulación por ciertos grupos de participantes, creando condiciones reales para que grandes, medianos y pequeños proveedores tengan cabida, evitando dar lugar a prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de la economía de mercado, como es la creación, de hecho, de monopolios u oligopolios. Con otras palabras, es predicable en este escenario la vigencia y aplicación directa de los mandatos que emanan del artículo 333 y los que dan sentido a la llamada Constitución Económica.

5.19.- De hecho, y para concluir este apartado, los riesgos de restringir la libre competencia y atentar contra las finalidades de la contratación estatal han sido puestos de presente por la CNUDMI en sus informes respecto de la operatividad de los Acuerdos

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”. Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00016-00(56166).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Marco en la Ley Modelo de Contratación Pública. Todo ello lleva a reiterar, entonces, la necesaria planeación y ponderación por parte de Colombia Compra Eficiente al momento de la elaboración de los estudios previos del mercado, la estructuración de los pliegos de condiciones, las exigencias planteadas a quienes desean tomar parte en los Acuerdos Marco y los criterios de calificación. Sobre el particular la CNUDMI se refirió en los siguientes términos al asunto aquí tratado:

“6. Los Estados promulgantes deben ser conscientes de las preocupaciones que suscita el procedimiento del acuerdo marco, algunas de las cuales son inherentes a ese método y otras se derivan de su utilización inapropiada. **En primer lugar, la eficiencia administrativa que entraña la utilización de ese método puede poner en peligro otros objetivos de la contratación, como la rentabilidad económica, si las entidades adjudicadoras recurren al acuerdo marco cuando no constituye el procedimiento más apropiado para una contratación determinada, simplemente por obtener esa eficiencia administrativa. El resultado puede ser, simplemente, que no se satisfagan las verdaderas necesidades de la entidad adjudicadora o, al menos, no con la calidad apropiada o con el precio adecuado. En segundo lugar, se conocen casos en que la utilización en la práctica de los acuerdos marco ha supuesto la reducción de la competencia y la transparencia y ha llevado a la colusión y la adjudicación de contratos basada en la relación ente las entidades adjudicadoras y los proveedores o contratistas, y no en los procedimientos competitivos que se establecen en la Ley Modelo, con lo que se reduce la rentabilidad económica de la transacción. En tercer lugar, y especialmente cuando se trata de operaciones a largo plazo, la escala de los acuerdos marco puede reducir la participación y la competencia a nivel global a medida que los proveedores que no son partes en el acuerdo marco van abandonando el mercado. Los proveedores o contratistas que son partes en el acuerdo marco conocen la identidad de los demás, por lo que velar por la competencia una vez concertado el acuerdo puede ser difícil en la práctica. Como los proveedores o contratistas que no son partes en el acuerdo no pueden participar en la adjudicación de los contratos, lo que tiene lugar en realidad es una restricción de la competencia en la segunda etapa del procedimiento del acuerdo marco. Las consecuencias perjudiciales de la restricción de la competencia se verán acentuadas cuando el efecto del acuerdo marco sea la creación de un mercado monopolístico u oligopolístico. Es necesario evaluar esas cuestiones antes de adoptar una decisión acerca de la utilización del procedimiento del acuerdo marco, puesto que es poco probable que abordarlas una vez el acuerdo esté en funcionamiento tenga eficacia alguna”.** (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, puede observarse que el modelo de contratación basado en Acuerdos Marco debe corresponderse con los principios constitucionales y legales de función administrativa (artículo 209 superior), la libre iniciativa privada, la libre competencia y los principios y valores de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

En este orden de ideas, los **AMP**, al concentrar la demanda de las entidades públicas en ciertos proveedores, exigen de **CCE**, la estructuración y planeación de los Acuerdos Marco **garantizando la mayor participación de potenciales oferentes, adoptando, por ejemplo, criterios de calificación no susceptibles de manipulación por ciertos grupos de participantes, creando condiciones reales para que grandes, medianos y pequeños proveedores tengan cabida, evitando dar lugar a prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de la economía de mercado.**

Así las cosas, y de acuerdo con lo anterior, no es de recibo el argumento planteado por los investigados, toda vez que como fue explicado, al estructurar los diferentes procesos de los **AMP**, la entidad **CCE** garantiza la mayor participación de potenciales oferentes, adopta criterios de calificación objetivos y no susceptibles de manipulación y garantiza las condiciones óptimas para la participación de todo tipo de oferentes, de forma que se promueva el nivel de competencia que requiere cada una de las etapas de dichos procesos. Por lo anterior, la posición de los investigados se encuentra infundada y carente de razón.”

Por todo lo anterior, este Despacho reitera que no encuentra razón alguna en los argumentos relacionados con el hecho que de los Acuerdos Marco de Precios se derivan, *per se*, limitaciones a la libre competencia, por lo cual la conducta de los recurrentes no era idónea para falsear los mercados en cuestión.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

3.3. Argumentos relacionados con la falta de prueba de los efectos anticompetitivos de la conducta

Los recurrentes manifestaron en su recurso de reposición conjunto que la Superintendencia de Industria y Comercio no probó la existencia de efectos anticompetitivos en cada uno de los procesos licitatorios y los Acuerdos Marco de Precios en los que participaron las empresas sancionadas.

Al respecto, manifestaron que dado que en la operación secundaria de dichos procesos se crea una “bolsa” cerrada de proponentes, no hay lugar a que la Superintendencia sostenga que se generó un efecto anticompetitivo consistente en la reducción en la posibilidad de escoger entre diferentes proponentes.

De igual forma, en su criterio, es impreciso argumentar que se excluyeron competidores que pudieran presentar una mejor oferta y hacer presión competitiva dentro del proceso, dado que en realidad la exclusión se daba por parte de Colombia Compra Eficiente, quien era la encargada de escoger entre las propuestas presentadas en cada etapa del proceso. De igual forma, solo se presentaron pruebas de exclusión de un competidor en uno de los procesos analizados.

Para los recurrentes, la existencia de un actuar conjunto y coordinado entre los competidores no da lugar a sanciones administrativas por parte de esta Superintendencia, toda vez que dichos hechos deben acompañarse con pruebas de la idoneidad de la conducta para falsear la competencia.

Finalmente, los impugnantes manifestaron que no se presentaron pruebas sobre el supuesto desgaste institucional argumentado por la Superintendencia, ni se tuvo en cuenta que en dos de los procesos de selección analizados los recurrentes no participaron en la operación secundaria.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que varios de los anteriores argumentos ya habían sido presentados por los recurrentes en sus observaciones al Informe Motivado presentado por la Delegatura, en el marco de este proceso administrativo.

Por este motivo, esta Superintendencia ya tuvo la oportunidad de manifestarse respecto al argumento central de los recurrentes, el cual consiste en afirmar que esta Entidad no probó la existencia de efectos anticompetitivos, ni de la idoneidad de su conducta para falsear la libre competencia, razón por la cual no podían ser sancionados.

Así, el Despacho puso de presente que la conducta analizada en el presente caso hace parte de las establecidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como tendientes a limitar la libre competencia económica, las cuales son censurables por su “objeto”. Lo anterior, como ha sido manifestado por esta Superintendencia, quiere decir que dichas conductas llevan inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que no obligan a probar los efectos concretos en el mercado.

Es decir, la existencia de una conducta considerada anticompetitiva por su objeto, como la analizada en el caso concreto, implica la existencia de una presunción de que dicha conducta causó, o como menos fue idónea para causar, efectos anticompetitivos en el respectivo mercado, razón por la cual debe sancionarse.

Dicha presunción tiene como fundamento los diferentes análisis y estudios hechos por esta Superintendencia, teniendo en cuenta su propia experiencia y el ámbito internacional, lo cual ha permitido establecer que los comportamientos de proponentes, en un proceso de selección, encaminados a **simular** autonomía, individualidad y real competencia, con el fin de incrementar sus probabilidades de resultar seleccionados, o como en el caso concreto, seleccionados para participar en un Acuerdo Marco de Precios, constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, y por tanto es idónea para, entre otros, impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que tomen parte en dicho proceso.

Así las cosas, en el caso concreto esta Superintendencia, tal y como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria, logró demostrar que **FERLAG e INVERSIONES Y SUMINISTROS**, bajo el control de **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS**, participaron como aparentes competidores, cuando en realidad no lo eran, en los siguientes procesos de selección y Acuerdos Marco de Precios:

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Tabla No. 1. Proceso de Selección y Acuerdos Marco de Precios a los que se presentaron FERLAG e INVERSIONES Y SUMINISTROS como aparentes competidores

Año	Entidad Contratante	Objeto	Procesos de Selección	Estado Actual del AMP	Participación de los Investigados	Seleccionados Para la Operación Secundaria
2014	COLOMBIA COMPRA EFICIENTE	Papelería y útiles de oficina	Acuerdo Marco LP-AMP-017-2014 (segmento Bogotá)	Liquidado en 2016	CONSORCIO JEROAM (INVERSIONES Y SUMINISTROS/LUZ MARINA SANCHEZ) COMERCIALIZADOR A FERLAG LTDA	Sí
2016	COLOMBIA COMPRA EFICIENTE	Papelería y útiles de oficina	Acuerdo Marco LP-AMP-088-2016	Declarado Desierto	INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.S. COMERCIALIZADOR A FERLAG LTDA	N/A
2016	COLOMBIA COMPRA EFICIENTE	Papelería y útiles de oficina	Acuerdo Marco LP-AMP-102-2016 (Segmento Bogotá)	Liquidado en 2018	INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.S. COMERCIALIZADOR A FERLAG LTDA	Sí
2016	COLOMBIA COMPRA EFICIENTE	Consumibles de impresión	Acuerdo Marco LP-AMP-120-2016 (Segmento 1 - Originales)	Vigente hasta Febrero de 2020	INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.S. COMERCIALIZADOR A FERLAG LTDA	Sí
2017	COLOMBIA COMPRA EFICIENTE	Computadores y periféricos	Acuerdo Marco LP-AMP-138-2017	Vigente hasta Agosto de 2019	INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.S. COMERCIALIZADOR A FERLAG LTDA	No

Fuente: Elaborado por la Superintendencia de Industria y Comercio

Sin embargo, en el caso concreto, la defensa de los recurrentes se basó únicamente en afirmar que la Superintendencia no aportó los medios de prueba que den cuenta de los efectos negativos de su conducta, lo cual confirma la existencia de un actuar conjunto y coordinado entre las dos empresas sancionadas. Por este motivo, esta defensa no puede ser tenida en cuenta por esta Entidad.

Ahora bien, en todo caso este Despacho considera relevante transcribir lo establecido en la Resolución Sancionatoria al respecto, en su apartado 11.4:

*“Así, es preciso anotar que, como se había mencionado ya en el punto 11.2. de la presente Resolución, la conducta analizada hace parte de las establecidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, censurable por su “objeto”, lo cual quiere decir que lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia **que hace innecesario que se prueben los efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad.***

En este sentido, no les asiste razón a los sancionados al afirmar que se les debería exonerar por cuanto la conducta anticompetitiva no produjo efecto en los respectivos mercados. Por el contrario, esta Superintendencia encuentra que efectivamente sí se les debe imponer las sanciones establecidas en los artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, los cuales modificaron los numerales 15 y 16 del Artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior dado que la conducta investigada, como ya ha sido ampliamente probado, tuvo la potencialidad, la capacidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en todos los procesos AMP analizados. Dado lo anterior, no se hace necesario demostrar la existencia de efectos en cada uno de ellos.

Este Despacho recuerda que en Colombia, el régimen de libre competencia económica contempla dos modalidades en las que puede presentarse una conducta anticompetitiva. Así, por un lado, están los acuerdos que tienen por objeto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales y, por el otro, aquellos acuerdos que tengan como efecto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Las anteriores prácticas comportan un carácter restrictivo de la competencia, de forma que bajo una óptica sancionatoria, ambas resultan reprochables, sin que sea 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 entrañe una ilegalidad.

*De esta forma, si en el desarrollo de una actuación administrativa sancionatoria se demuestra la existencia de una práctica anticompetitiva por **objeto**, y que ella tiene efectivamente la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el respectivo mercado, la Autoridad de Competencia, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene la obligación de sancionar por **objeto**.*

Al respecto, en el ámbito comparado, la doctrina internacional especializada ha reconocido que si una conducta tiene por su objeto afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta¹³. De igual forma, la Corte de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que las prácticas anticompetitivas están prohibidas, sin importar sus efectos, cuando las mismas tienen un objeto contrario a la libre competencia¹⁴. Incluso, en sus “Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal”, la Comisión Europea menciona que no es necesario examinar los efectos reales o posibles en el mercado de las restricciones por objeto a la libre competencia¹⁵.

Ahora bien, en el ámbito local, esta Entidad ha establecido en varias ocasiones que sobre las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no es necesario entrar a analizar sus efectos. Así, en Resolución No. 103652 de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

*“Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que **Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado**”¹⁶. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En el caso concreto, este Despacho encuentra que de la información presentada y que obra en el Expediente, es evidente que la conducta investigada tenía la potencialidad, idoneidad, capacidad de afectar la libre competencia en los mercados analizados, de forma tal que la misma debe ser sancionada por ser una conducta anticompetitiva por su objeto.

(...)”

No obstante lo anterior, debe ponerse de presente que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, en el caso concreto la Superintendencia de Industria y Comercio sí encontró y puso de presente elementos de prueba de cómo la conducta sancionada efectivamente causó un impacto negativo en los mercados analizados, toda vez que al haber resultado seleccionadas ambas empresas investigadas en algunos de los Acuerdo Marco de Precios en los que participaron, excluyeron a un competidor que cumplía con los requisitos habilitantes y que hubiera generado un presión competitiva en la operación secundaria del respectivo Acuerdo Marco de Precios.

De todas formas, se reitera que dada la naturaleza de la conducta investigada (por “objeto”) no es exigible a la Autoridad un análisis a profundidad sobre los efectos, dado que, como quedó mencionado anteriormente, bastaba con que fuera demostrada la potencialidad e idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia en los mercados.

En virtud de lo anterior, los argumentos presentados por los recurrentes respecto a este punto serán desestimados por este Despacho.

¹³ Bailey, David. Common Market Law Review, *Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. Pp. 566-567.

¹⁴ Corte de Justicia de la Unión Europea. Caso C 49/92 *Commission v. Anic Participazioni* [1999] ECR I-4125.

¹⁵ Directrices sobre la Aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal. Comisión Europea.

¹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.4. Argumentos relacionados con la indebida graduación de la sanción impuesta a FERLAG, INVERSIONES Y SUMINISTROS Y CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS

Los recurrentes manifestaron que en la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida graduación de la sanción impuesta a **FERLAG, INVERSIONES Y SUMINISTROS** y **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS**.

Al respecto, consideraron:

- (i) Que en relación con el impacto de la conducta, no se tuvo en cuenta que el número de órdenes asignado a los investigados en los respectivos procesos fue mínimo, por lo cual el impacto fue casi imperceptible. Adicionalmente, las entidades Estatales contaban con más opciones de proveedores, por lo cual el impacto fue aún menor.
- (ii) Que en relación con la dimensión del mercado, la Autoridad no tuvo en cuenta que este es un criterio que no fue contemplado por el legislador, por lo cual no podía ser analizado de manera independiente al impacto de la conducta.
- (iii) Que en relación con el beneficio obtenido por los sancionados, la Superintendencia no tuvo en cuenta que éstos solo resultaron seleccionados en tres (3) de los cinco (5) procesos investigados. Adicionalmente, la Superintendencia calculó las sanciones teniendo en cuenta el porcentaje del patrimonio líquido e ingreso de los investigados de los años 2016 y 2017, sin considerar que dicho criterio no ofrece información real sobre el supuesto beneficio de la conducta. Adicionalmente, es arbitrario que para algunos investigados la Superintendencia haya usado la información financiera del año 2016 y para otros la correspondiente al año 2017.
- (iv) Finalmente, que en relación con el criterio de persistencia, la Superintendencia no tuvo en cuenta que dicho criterio debió haber sido evaluado de manera favorable para los investigados toda vez que los mismos cesaron la conducta anticompetitiva desde el momento en que quedó en firme la Resolución No. 24029 del 2018, por la cual se adoptó la medida cautelar de excluir a los recurrentes de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

A continuación el Despacho procede a responder uno a uno los argumentos de los recurrentes.

- Respecto al impacto de la conducta, no se comparte el argumento de los recurrentes, toda vez que al momento de analizar dicho criterio, este Despacho tuvo en cuenta que si bien se trataba de una conducta anticompetitiva sancionable por su objeto, se impidió la adecuada ejecución de las compras públicas, limitando, por un lado, el libre acceso de diversos oferentes al mercado, y por el otro, impidiendo mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios.

A su vez, el hecho de que el número de órdenes de compra adjudicadas a los recurrentes, comparado con los de otros proponentes, fuera "minúsculo", no tiene mayor relevancia en el presente caso. Lo anterior toda vez que la afectación al mercado se generó tanto en la operación primaria como en la secundaria, precisamente por la existencia de un actuar coordinado y conjunto entre los recurrentes, el cual, como ya se explicó, era totalmente idóneo para afectar, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades entre los demás proponentes y la capacidad del Estado de contratar la adquisición de bienes y servicios en el marco de un ambiente competitivo que le generara mayores beneficios.

Por todo lo anterior, no se tendrán en cuenta los argumentos de los recurrentes sobre este punto.

- Respecto a la dimensión del mercado, este Despacho no entiende el argumento de los recurrentes respecto a que dicho criterio no se encuentra establecido en la ley de manera independiente, dado que, por el contrario, el mismo sí se encuentra expresamente mencionado en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Por lo anterior, el Despacho desestimaré de plano el argumento de los recurrentes sobre el particular.
- Respecto al beneficio obtenido por los recurrentes, este Despacho debe manifestar que, contrario a lo que manifestaron en su recurso, sí se tuvo en consideración que los mismos solo fueron seleccionados en tres (3) de los cinco (5) procesos de selección en los que participaron para

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

hacer parte de la Tienda Virtual del Estado Colombiano. Tal y como consta en la Resolución Sancionatoria, dicho criterio analizó la capacidad de los sancionados de presentar ofertas en las diferentes órdenes de compra que tuvieron lugar en los Acuerdos Marco de Precios para los cuales fueron seleccionados, por lo cual evidentemente se excluyeron del análisis los dos procesos en los que no pudieron participar en la operación secundaria. Por lo anterior, no se comparte el argumento de los recurrentes al respecto.

- Por otra parte, respecto al argumento de que la sanción fue calculada teniendo en cuenta el porcentaje del patrimonio líquido e ingresos de los investigados de los años 2016 y 2017, los cuales no ofrecen información real sobre los beneficios generados por la conducta anticompetitiva, este Despacho debe manifestar que, por un lado, el patrimonio de los sancionados resulta ser un criterio de dosificación de las sanciones, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, y que, por otro lado, la presentación de la multa como porcentaje de los ingresos de los investigados se presenta de manera ilustrativa para indicar que la información financiera debe tenerse en cuenta con el fin de evitar multas desproporcionadas y confiscatorias. Así mismo, se resalta que para analizar el beneficio que pudo obtenerse por la conducta anticompetitiva de los recurrentes, este Despacho tuvo en cuenta otros factores, como el número de órdenes de compra atendidos por ellos en el marco de los diferentes Acuerdos Marco de Precios y el monto de los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se recuerda a los recurrentes que el cálculo de las sanciones impuestas responde a un análisis integral de diferentes criterios, que por supuesto incluyen el impacto de la conducta y los beneficios generados por esta, pero que también hacen referencia a la situación financiera de la empresa, con el fin de que la multa no resulte desproporcionada ni confiscatoria. En este sentido, mal haría el Despacho en desconocer tales criterios. Por esta razón, no se comparte el argumento de los recurrentes sobre este punto

- Los recurrentes consideran arbitrario el hecho que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera hecho uso de la información financiera del año 2016 para algunos sancionados y la del 2017 para otros. Al respecto, debe informarse que para el cálculo de las sanciones, esta Entidad hace uso de la información financiera más actualizada de los investigados que sea allegada al Expediente de acuerdo a los diferentes requerimientos hechos a lo largo del proceso. Por este motivo, en ocasiones pueden presentarse variaciones en los años de la información financiera utilizada para determinar el monto de las sanciones, sin que esto sea debido a un capricho de la Entidad, como erróneamente lo manifiestan los recurrentes. Por tal razón, no serán acogidos los argumentos expuestos al respecto.
- Finalmente, en relación con el criterio de persistencia, este Despacho encuentra totalmente injustificado argumentar que, dado que en virtud de una orden dada por esta Superintendencia a través de una resolución de medidas cautelares consistentes en excluir a los sancionados de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, estos últimos desistieron de la conducta anticompetitiva, con lo cual debería valorarse positivamente el actuar de los sancionados.

Por el contrario, es evidente que si los recurrentes dejaron de cometer la conducta sancionada no fue por su voluntad de colaborar y resarcir un daño causado al interés general, sino por una orden administrativa dada por la Autoridad de Competencia, en virtud de que esta última constató la comisión de una práctica anticompetitiva. Así, es claro que los sancionados participaron en la comisión de la conducta durante todo el tiempo que les fue posible y que su participación se vio frustrada por el actuar de esta Superintendencia y no por su voluntad de suspender la práctica anticompetitiva.

Por este motivo, el argumento de los recurrentes al respecto no encuentra justificación alguna, y por tanto será desestimado.

3.5. Argumentos relacionados con la indebida graduación de la sanción impuesta a LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO y GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS

Las recurrentes manifestaron que en la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida graduación de la sanción impuesta a **LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO y GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS**, por cuanto:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(i) La Superintendencia no tuvo en cuenta que **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS** no participó durante todo el tiempo de la conducta, sino únicamente entre los años 2014 y 2016; y

(ii) Para establecer la sanción a **LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO** no se tuvo en cuenta el criterio de proporcionalidad, toda vez que su multa fue de casi el doble de la sanción impuesta a **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS**, a pesar de que esta última solo participó un año menos en la conducta sancionada.

Respecto al tiempo de participación de **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS** en la conducta sancionada, este Despacho pone de presente que a lo largo de la Resolución Sancionatoria se hizo referencia constante a que únicamente existían elementos de prueba que daban cuenta de que dicha sancionada solo participó en la conducta reprochada por un periodo de tiempo comprendido entre agosto de 2014 y junio de 2016. Por este motivo, en el apartado 12.2.2. de la Resolución Sancionatoria, en el cual se estableció la graduación de la sanción impuesta a esta investigada, se estableció claramente que:

*"Tal y como pudo acreditarse, **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS** estuvo laboralmente vinculada a **INVERSIONES Y SUMINISTROS** al menos entre agosto de 2014 y junio de 2016, y durante dicho periodo, toleró la ejecución de las conductas anticompetitivas reprochadas" (Subraya fuera de Texto).*

De tal forma, no se comparte la posición de los recurrentes respecto a que esta Superintendencia no tuvo en cuenta al momento de establecer la sanción de **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS** el periodo de tiempo en que esta sancionada estuvo vinculada a la conducta anticompetitiva.

Finalmente, respecto a la proporcionalidad entre las sanciones impuestas a **LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO** y **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS**, es importante aclarar que dicha diferencia no puede ser medida únicamente por el factor del tiempo en que dichas sancionadas estuvieron vinculadas a la conducta reprochada por esta Entidad. Lo anterior, dado que para determinar las sanciones a imponer a cada investigado, esta Superintendencia hace una individualización de cada uno, y procede a hacer un análisis detallado de los diferentes criterios de graduación establecidos en la ley y de la situación financiera de cada uno de los involucrados según la información que se aporte al Expediente.

Por esta razón, no puede compararse de forma absoluta la sanción impuesta a los investigados teniendo en cuenta únicamente su tiempo de participación en la conducta sancionada, razón por la cual el argumento presentado por los recurrentes no puede ser tenido en cuenta por este Despacho.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS**, identificado con la C.C. 79.388.133, **COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.**, identificada con el Nit 830.001.017-0, **INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.S.**, identificada con el Nit. 900.585.270-7, **LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO**, identificada con la C.C. 41.723.837 y **GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS**, identificada con la C.C. 51.891.628, informándoles que en su contra no proceden recursos.

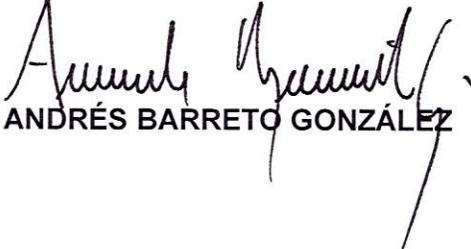
ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a la subdirección de negocios de la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**, identificada con NIT 900.514.813-2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

NOTIFÍQUESE, COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **29 JUL 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: T Posada/A García
Revisó y aprobó: A Pérez

NOTIFICAR

COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.

Nit. 830.001.017-0

INVERSIONES Y SUMINISTROS LM S.A.S.

Nit. 900.585.270-7

CÉSAR FERNANDO LAGUNA VARGAS

Cédula de Ciudadanía No. 79.388.133

LUZ MARINA CAMPOS OVIEDO

Cédula de Ciudadanía No. 41.723.837

GLORIA ASTRID LAGUNA VARGAS

Cédula de Ciudadanía No. 51.891.628

Apoderado

MÁXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Cédula de Ciudadanía No. 86.046.735

Tarjeta Profesional No. 101.615 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 10-07. Oficina 906

Bogotá D.C.

mrodriguez@sotomonteabogados.com

COMUNICAR

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

NIT 900.514.813-2

Subdirección de Negocios

Carrera 7 No. 26-20, Piso 10.

Bogotá D.C.