

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Carteles empresariales - Colusión en procesos de contratación pública

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

[E]s función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

[P]ara 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 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.

*[L]o que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que 2 o más personas 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 participantes 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 a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.*

[L]a 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.

[E]ste 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 del Estado, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas.

[C]ualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más personas 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 pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal.

[L]as prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden 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; y

(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.

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

[L]a Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada oferente; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad obedecen a los mismos intereses económicos. En este último esquema, hay dos o más ofertas que en realidad no compiten entre ellas porque obedecen a los mismos intereses económicos, bien sea porque hacen parte del mismo grupo de interés económico, existe una subordinación entre ellas o existen vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

En línea con lo expresado por la **OCDE**, esta Superintendencia ha identificado una serie de señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria:

- Cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.
- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.
- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.
- Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.
- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

Así mismo, esta Superintendencia ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación:

- Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.
- Supresión de ofertas o no presentación de estas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.
- Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.
- Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.

Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual:

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

- *Pocos proveedores del bien o servicio a contratar.*
- *Necesidad periódica de adquirir el bien o servicio.*
- *Pocos sustitutos que puedan satisfacer la necesidad de la entidad contratante.*
- *La inexistencia o poco cambio tecnológico.*
- *Estabilidad en formatos y formas de evaluación.*
- *Fijación de barreras innecesarias a la entrada por medio de requisitos excesivos.*
- *Facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales–.*
- *Uso de fórmulas de fácil manipulación, o muy sensibles a ofertas irracionales.*

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Conductas por objeto y conductas por efecto

[E]ste 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. Ahora bien, dado que el presente caso será analizado bajo el primer supuesto de la norma en mención, es decir conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, es preciso anotar que, el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables por su objeto, quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual no le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria

[E]l artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 señala:

“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.”

Adicionalmente, sobre la caducidad respecto de las conductas continuadas o de tracto sucesivo, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Corresponde a la Sala, en primer término, determinar si la conducta desarrollada por los demandantes, que dio lugar al inicio de la actuación administrativa desarrollada por la Superintendencia y que culminó con la expedición de las Resoluciones enjuiciadas, se cataloga como “instantánea” es decir, cuya ejecución se establece en un solo momento, o si, por el contrario, es de carácter “Continuada o Permanente”, lo que significa que el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.

Ahora bien, siendo la conducta continuada por parte de los demandantes (aspecto este que se analizará más ampliamente en el último punto), para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico. Se observa que para el momento en que se inició la

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

investigación, esto es, el año 2007, se encontraba en vigencia el otrora Decreto 2153 de 1992, que en su artículo 52 establecía el procedimiento para determinar si existía una infracción a las normas de promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia reglando en su último inciso que “en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”, lo que significaba, por antonomasia, que la facultad sancionatoria del Estado en esta materia caduca en el término de tres (3) años previsto en el artículo 38 de dicha Codificación.

(...)

Se advierte, en conclusión, que desde la última fecha de ejecución de la conducta contraria a las normas de promoción de la competencia, esto es, diciembre de 2009, hasta la fecha de notificación de las Resoluciones núms. 71794 del 12 de diciembre de 2011 y 11651 de 29 de febrero de 2012, es decir, los días 16 de diciembre de 2011 y 13 de marzo de 2012, respectivamente, **no había transcurrido el término de cinco (5) años, a que se refiere el artículo 27 antes citado a efectos de que se produjera el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado.** Es por ello que, para la Sala no tiene vocación de prosperidad el cargo propuesto por los actores, reiterado en su recurso de apelación (...).

[E]l Despacho encontró demostrado en la presente actuación que la conducta anticompetitiva ejecutada por los investigados fue de carácter continuado, en razón de que no fue consumada en un único momento sino que, como quedó ampliamente explicado en líneas precedentes, fue desarrollada a través de varios actos sucesivos en el tiempo que respondieron a una dinámica claramente establecida.

Al tratarse de una conducta continuada de ejecución sucesiva, esta no puede fraccionarse en hechos aislados, como equivocada y convenientemente lo pretenden hacer ver algunos de los investigados para predicar la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia. Se trata entonces de una conducta continuada, o de tracto sucesivo, en la que por ministerio de la ley el término de caducidad cuenta a partir del último acto, (...).

[T]ampoco resulta de aceptación la argumentación según la cual el mercado afectado por la conducta se encuentra determinado por cada proceso de selección visto de forma separada e independiente, de manera tal que el término de caducidad establecido en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 se contabilice de igual forma.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Visitas Administrativas – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio – Derecho a la intimidad

[E]s pertinente recordar que la Sentencia C-165 de 2019 reafirmó que la revisión, búsqueda y retención de documentos enmarcados en la categoría de “documentos privados” por parte de esta Superintendencia no vulnera el derecho de intimidad.

“Como se expuso, las visitas de inspección son diligencias probatorias a través de las cuales las superintendencias ejercen la facultad constitucional de exigir la presentación de “documentos privados” o “documentos del comerciante” contenida en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución. **Por lo tanto, la revisión, búsqueda y retención de aquellos documentos que se enmarquen en la categoría de “documentos privados” por parte de las superintendencias no vulnera ni interfiere con el derecho a la intimidad de las investigadas y por tanto no puede catalogarse como un registro o interceptación de comunicaciones privadas sometidos a reserva judicial.** Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos institucionales, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una interceptación o registro en los términos del inciso 3º del artículo 15 de la Constitución. **De acuerdo con lo expuesto, los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ello, harían parte de la categoría de “documentos privados” a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4º del artículo 15 de la Constitución.**”

[E]n relación con la visita administrativa realizada por la Delegatura en el marco de sus funciones legales es que esta no se enmarca, siquiera, en la definición de allanamiento y registro de domicilio como fue argumentado por los investigados, toda vez que la misma no puede realizarse en contra de la voluntad del dueño del domicilio.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado:

“Por otro lado, la Corte resalta que la diligencia de allanamiento y registro del domicilio ha sido definida como el ingreso de las autoridades “a un bien privado, incluso contra la voluntad del titular del derecho de dominio, de su poseedor o de su tenedor” (Subrayas fuera de texto). Como puede verse, la posibilidad de realizar la diligencia en contra de la voluntad del dueño, es un elemento esencial de su definición”.

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración en conjunto del material probatorio recaudado en la investigación – Prueba indiciaria

En relación con la valoración probatoria, el Despacho encuentra pertinente reiterar que en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser **apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)”.

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado “unidad de la prueba”, en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...)”

[L]a jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

“(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)”

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

“(...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero “... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso” (G.J. t. CCVIII, pág. 151).”

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

“(...) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, supone “la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse” (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995).

[E]l sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.**”

[L]a apreciación en conjunto del material probatorio no implica necesariamente que los hechos que interesan a la actuación administrativa se encuentren demostrados únicamente a través de indicios, que en cualquier caso es un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de conductas anticompetitivas. En tal medida, una cuestión es la valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, otra distinta, que aunque guarda ciertos rasgos coincidentes, la estructuración del medio probatorio denominado como indicios.

[L]os indicios resultan un medio de prueba absolutamente útil para la formación del convencimiento, en este caso, de la autoridad administrativa con el propósito de determinar la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia económica.

En efecto, según el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, **los indicios**, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

[E]sta Superintendencia en otras ocasiones ha reconocido que los indicios son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas. Al respecto ha sostenido que:

“[L]os indicios no solo son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas y otros hechos en el derecho colombiano, sino que además son el medio probatorio más idóneo en el derecho de la competencia. Las prácticas restrictivas de la competencia, como la presente, pueden ser probadas y de hecho son probadas por medio de indicios que lleven al absoluto convencimiento de que la conducta existió.”

[E]l Consejo de Estado, máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativa, se ha pronunciado específicamente sobre los indicios para demostrar específicamente la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Sobre el particular ha considerado que:

“[L]a autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia.

(...)

Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc. (...)”

[D]esde el punto de vista legal y jurisprudencial, es indiscutible que los indicios representan un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia económica.

[E]l artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, en relación con la apreciación de las pruebas, lejos de establecer un sistema de tarifa legal o prueba tasada, en que la ley establece específicamente el valor de las pruebas, dando mayor eficacia a unas sobre otras (e.g. indicios), contempló un sistema de sana crítica o persuasión racional, en el cual el operador jurídico debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

[S]i bien es cierto que existe la posibilidad de que la interpretación de un hecho pueda abrirse a varias hipótesis o interpretaciones, es necesaria e imprescindible la comparación recíproca de los distintos medios de prueba, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. Entonces, en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, deben existir dudas, debidamente acreditadas con medios de prueba, que tengan entidad y suficiencia como para crear una verdadera incertidumbre y no meras especulaciones o simples

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

suposiciones que confrontadas con otras pruebas no afloren ningún grado de persuasión del trazado fáctico que interesa a la actuación administrativa.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Presunción de inocencia

[L]a presunción de inocencia es uno de los derechos que conforma el debido proceso, aplicable a toda actuación judicial y administrativa conforme lo indicado por el artículo 29 Superior. Conforme lo establecido por la Corte Constitucional, la presunción de inocencia se traduce en que:

“[C]ualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad”.

Bajo ese entendido, son tres las características inherentes a ese derecho, “(i) se trata de un derecho fundamental, (ii) es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas”.

A su vez, es un derecho que pierde vigencia una vez la administración profiere la decisión definitiva que resuelve la actuación. En tal sentido,

“[L]a presunción de inocencia rige, sin excepciones, en el ordenamiento administrativo sancionador, pues el jus puniendi está condicionado a las resultas del procedimiento contradictorio ya que es allí justamente, en donde tiene cabida las pruebas inculpativas. De donde el derecho a no sufrir sanción alguna no pierde vigencia por la sola circunstancia de que se esté adelantando el procedimiento respectivo, por cuanto únicamente al momento que éste culmine con la decisión de fondo sobre la responsabilidad de su autor, la presunción queda esfumada; de lo contrario, lo que antes era una verdad interina se torna en una verdad definitiva”

[L]a presunción de inocencia como derecho pierde su vigencia una vez la administración profiere la decisión definitiva que resuelve la actuación, es decir en el presente acto administrativo. Así las cosas, las afirmaciones, contenidas en la Resolución de Apertura de Investigación y en la recomendación emitida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, no constituyen un juicio de valor previo a la decisión definitiva, en la medida en que quien toma la decisión definitiva en un proceso de prácticas restrictivas de la libre competencia es el Superintendente de Industria y Comercio.

[L]as consideraciones que se realizan en la Resolución de Apertura de Investigación, al igual que en el Informe Motivado, no constituyen un “prejuzgamiento” que implique un desconocimiento del principio de imparcialidad. Ello es así debido a que esta Autoridad para proferir una apertura de investigación y formular cargos a los investigados, por obvias razones, requiere de una inferencia razonable de la presunta comisión de la conducta anticompetitiva; en cambio, una recomendación de sanción en un informe motivado seguramente requerirá de una probabilidad de ocurrencia de esa conducta; y sin lugar a dudas, declarar la infracción administrativa dependerá de que exista un convencimiento suficiente al respecto. Entonces, las motivaciones allí plasmadas corresponden, según el despliegue probatorio, a los distintos grados de conocimiento en los diferentes momentos del procedimiento administrativo. De modo que, aunque se presenten inferencias razonables y probabilidades de ocurrencia, las mismas no constituyen prejuzgamiento ni pueden ser consideradas como tal.

Aceptar el argumento de los investigados según el cual las motivaciones vertidas en una apertura de investigación o un informe motivado per se constituirían un “prejuzgamiento”, llevaría a la imposibilidad de adelantar cualquier investigación administrativa debido a que el simple hecho de formular cargos implicaría que la autoridad tendría comprometida su imparcialidad, lo cual es un planteamiento a todas luces improcedente.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de congruencia – Resolución de Apertura de Investigación e Informe Motivado

[D]ebe recalarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que:

“De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una “atadura irreductible” (...)”.

[E]n cuanto a una supuesta inclusión de nuevas conclusiones y análisis probatorios en el Informe Motivado expedido por la Delegatura en relación con los cargos imputados a los investigados, es conveniente señalar que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 09 de

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

2012, el Informe Motivado no es una nueva imputación de cargos, ni una variación de los cargos imputados en las resoluciones de apertura; por el contrario, simplemente recoge el análisis que hace el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de lo que, en su concepto, arrojó la investigación. En este sentido, el entendimiento totalmente equivocado de la naturaleza jurídica del Informe Motivado lleva a los investigados a considerar, en forma también equivocada, que se les estaba desconociendo el principio de congruencia, lo cual, es simplemente un imposible jurídico.

El Informe Motivado se traduce en un resultado preliminar del procedimiento administrativo que tiene la finalidad de determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Por lógica, el grado de conocimiento que se tiene en el Informe Motivado sobre las particularidades fácticas de una conducta investigada es aún mayor, y más detallado, que el contenido en una resolución de apertura de investigación.

Esto es así debido a que cuando se profiere el Informe Motivado se ha agotado gran parte de la dialéctica del procedimiento administrativo, lo que incluye no solo los descargos de los investigados sino también todo un debate probatorio que permite sumar elementos de juicio suficientes sobre las diferentes circunstancias en que ha tenido lugar la posible comisión de una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica. En ese momento, se concreta una recomendación de quien ha instruido la investigación – Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia- a quien tendrá que pronunciar una decisión definitiva -Superintendente de Industria y Comercio- respecto de si ha habido una infracción, sin que las consideraciones contenidas en el informe motivado tengan el alcance de una nueva imputación fáctica o jurídica o puedan entenderse como una variación a la que en un inicio se realizó en la resolución de apertura de investigación.

Conceder una postulación como la sugerida por los investigados en relación con el supuesto desconocimiento del principio de congruencia, implicaría que el informe motivado tendría que ser una copia idéntica de la resolución de apertura de investigación y, en consecuencia, toda la dialéctica propia del procedimiento administrativo, incluyendo los resultados que arroja el periodo probatorio de la investigación, sería totalmente inocua y simplemente decorativa, lo que desfiguraría la naturaleza y esencia de cualquier diseño procesal. Al respecto, esta Superintendencia, en otras ocasiones, se ha referido en idéntico sentido:

“(…) la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación jurídica y fáctica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente.

(…)

Aceptar la tesis sobre la supuesta incongruencia planteada por los recurrentes conllevaría al absurdo de pensar que la Resolución Sancionatoria de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con la variación única en la fecha de expedición. Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente eso **desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal con pliego de cargos, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria.**
(…)”

La anterior posición ha sido validada por la jurisprudencia administrativa que, entre otras muchas decisiones judiciales, ha determinado con contundencia y claridad que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, por lo que los argumentos de los investigados en tal sentido no tienen mérito de prosperidad. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:

(…)

VII CONSIDERACIONES DE LA SALA

(…) En ese marco, se tiene **que carece de soporte jurídico la argumentación expuesta por el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda en el sentido de sostener que se vulneró el debido proceso porque en la resolución que inició la investigación administrativa no se enrostró la conducta por la que finalmente fue sancionada** (…)

Sobre este aspecto, es importante advertir que **el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos**

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas. (...)”

El anterior entendimiento, también ha sido ratificado por la máxima corporación de lo contencioso administrativo, que reiterada y pacíficamente al referirse a alegatos similares a los presentados por los investigados en el presente caso, se ha pronunciado sobre el particular. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que:

“Vale la pena precisar que si bien el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio”.

En línea con lo anterior, el mismo Consejo de Estado ha indicado:

“La Sala estima que **el argumento del apelante es excesivamente formalista porque saca de contexto la imputación** contenida en el auto de cargos **y desconoce que sustancialmente es la misma conducta** por la que las resoluciones cuestionadas decidieron imponer sanciones a las investigadas”.

En este orden de ideas, no hay lugar a aceptar los argumentos de los investigados respecto a la violación de sus derechos de defensa y debido proceso por existir una incongruencia entre los hechos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación y lo establecido en el Informe Motivado, toda vez que como quedó ampliamente explicado, dichas apreciaciones se basan en un mal entendimiento de la naturaleza jurídica de este último.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública
– Significatividad de la conducta

[E]l régimen legal de protección de la libre competencia, concretamente el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, ordena que las investigaciones administrativas por la violación de las normas de competencia deben adelantarse respecto de hechos que sean significativos para alcanzar, en particular, los siguientes objetivos: **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado; **(ii)** el bienestar de los consumidores; y **(iii)** la eficiencia económica.

[E]l criterio de significatividad está encaminado a que la Entidad concentre los esfuerzos y recursos (humanos, técnicos y financieros) en aquellos casos significativos para alcanzar los objetivos del régimen de protección de la competencia. Contrario sensu, y por regla general, aquellas conductas que restrinjan la competencia, pero no de forma significativa, quedarían por fuera de la órbita de las actuaciones administrativas de esta Superintendencia. En otras palabras, el juicio de significatividad debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la acción administrativa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá superarse al momento de decidir si se inicia o no una investigación administrativa.

[A]un cuando la legislación colombiana no define explícitamente qué reglas deben seguirse para decidir si una conducta es significativa o no, o establece umbrales de cuotas de mercado, ni criterios cualitativos, ni de otro tipo para la aplicación de las normas de competencia, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar, atendiendo las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar de cada caso concreto, si los hechos son de tal entidad que ameriten iniciar una actuación administrativa, valorando la gravedad de las distorsiones de la competencia o del bienestar de los consumidores o la eficiencia del mercado que se hayan denunciado.

[E]ste Despacho evidencia que, de la lectura de la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura para la Protección de la Competencia realizó el análisis correspondiente y esgrimió los argumentos por los cuales consideró que la conducta debía ser investigada, superando a su juicio el criterio de significatividad en los términos anteriormente explicados. Por esta razón, no se encuentra motivo en los argumentos de los investigados respecto a no haberse demostrado la significatividad de la conducta que se reprocha, pues dicho requisito fue surtido, como lo exige la ley, al momento de iniciar la investigación, basado en los múltiples argumentos expuestos en la Resolución de Apertura de Investigación.

Por lo anteriormente expuesto deben desestimarse los argumentos esgrimidos por los investigados toda vez que en la etapa procesal pertinente para ello, es decir la Resolución de Apertura de Investigación, fueron expuestos los elementos de significatividad de la conducta que llevaron a la Delegatura a formular cargos y abrir la correspondiente investigación.

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Conductas por objeto - Efectos pro-competitivos

[L]as 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.

[L]a idoneidad de la afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en los procesos de contratación pública está dada por ley, por lo cual no le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción. De esta manera, al estar demostrada en el presente caso una conducta anticompetitiva violatoria del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación del Estado) en la modalidad “**por objeto**”, por cuanto los investigados desarrollaron un acuerdo que tuvo por finalidad coordinar su participación en distintos procesos de selección contractual del Estado, resulta innecesario entrar a valorar o verificar los supuestos efectos positivos a los que se alude en las observaciones presentadas por los investigados.

[E]l Despacho reitera que las buenas o malas intenciones de los agentes de mercado investigados no tienen relevancia al momento de establecer responsabilidad administrativa en las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia.

[E]n Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

[E]l Despacho reitera lo dicho en decisiones anteriores, en el sentido que “(...) el régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva. En los mismos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo, sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención –dolo o culpa- de los infractores (...)”.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – la conducta no se limita a un sujeto activo denominado “proponente”

[E]l numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala:

“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. (...).”

[L]a normatividad referida describe dos tipos de conductas anticompetitivas. En primer lugar, considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que “tenga por objeto” la colusión en las licitaciones o concursos. En segundo lugar, se considera contrario a la libre competencia, aquel acuerdo que tenga por efecto: (i) la distribución de adjudicaciones de contratos; (ii) distribución de concursos o (iii) la fijación de términos de las propuestas.

Se entiende “por objeto” la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado. Por su parte, la conducta por efecto es aquella que permite verificar el resultado lesivo sobre la libre competencia en el mercado con independencia de la intención inicial.

[E]n el presente proceso quedó demostrada la participación de los investigados en la dinámica anticompetitiva reprochada, al demostrarse que los investigados coordinaban su participación en procesos de selección contractual del Estado. También, se demostró que la misma constituyó una conducta violatoria por objeto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por consiguiente, se reitera que en el Expediente fueron encontrados elementos probatorios que, valorados en su conjunto, demostraron un acuerdo anticompetitivo realizado por los investigados, desde 2015 hasta 2017, en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades públicas en los que participaron. Es decir, se probó la coordinación entre competidores para participar en procesos de selección.

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

[L]a norma no se encuentra limitada a un sujeto activo denominado “proponente”. Al respecto, la lectura del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no puede leerse de manera aislada al resto de la normatividad que conforma el régimen de protección de la competencia. Así, se puede apreciar cómo de conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permiten colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades —concertación de voluntades— que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, en la cual a partir de una interpretación armónica con lo dispuesto en el artículo 46 *Ibidem*, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, puede intervenir “(...) todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

[E]n varios de los procesos objeto de reproche y frente a los cuales los investigados señalan que no presentaron propuesta, la manifestación de interés era un requisito para la presentación de esta so pena de rechazo. Incluso, que en varios de los procesos, la manifestación de interés era requisito para participar en el sorteo para determinar quiénes podrían presentar su oferta o propuesta. Tampoco puede desconocerse que en ocasiones presentaron propuestas aparentemente individuales simulando ser competidores.

[B]asta con señalar que la apertura del proceso ocurre con el acto administrativo que lo apertura y por el cual se procede a la publicación del pliego definitivo de condiciones. De modo que, tan es parte del proceso la manifestación de interés que, a modo ilustrativo de la mayoría de los procesos objeto de la actuación administrativa, en los procesos de selección abreviada de menor cuantía el Artículo 2.2.1.2.1.2.20. “Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía” del Decreto 1082 de 2015 señala de manera expresa que con posterioridad a la fecha de apertura los interesados deben manifestar su intención de participar

[L]a conducta de los investigados sea como “interesados”, “potenciales proponentes” o incluso “proponentes” al ser vista desde la óptica del régimen de protección de la competencia evidencia que estos pueden afectar el desarrollo del proceso de selección, resultando evidente que la conducta por ellos desplegada, la coordinación entre competidores para participar en procesos de selección, tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado al desplegar un acuerdo anticompetitivo (...).

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETECIA - Colusión en procesos de contratación pública – Derecho a la libertad de empresa y libre concurrencia en el mercado

[E]n relación con el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, esta Superintendencia aboga para que no se presente en ningún momento una limitación a la facultad de las empresas en los mercados de desarrollar su objeto social como a bien consideren, siempre dentro de los límites constitucionales y legales que privilegian el bien común.

Lo anterior no es óbice para que las normas que componen el régimen de la libre competencia en Colombia sean aplicadas a todos los sectores de la economía nacional, sean de naturaleza pública o privada, bajo los mandatos legales y constitucionales vigentes en el ordenamiento jurídico. Esto, toda vez que es necesario recordar que el artículo 333 de la Constitución Política establece que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...)”.

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-560 de 1994 manifestó que:

“El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.”

La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social”

Posteriormente, el máximo tribunal constitucional sostuvo que:

“[E]n un Estado Social de Derecho donde el Poder Público asume responsabilidades tales como la dirección general de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la libre iniciativa privada no puede erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Es así como el artículo 333 de la Carta permite el desarrollo de dicha iniciativa privada, pero ‘...dentro de los límites del bien común’ (...)” (Subraya y negrilla fuera de texto).

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 1998.

Resolución No. 30415 del 30 de mayo de 2021

De otra parte, el Consejo de Estado ha manifestado que las conductas que restringen la libre competencia económica están proscritas en etapas precontractuales o contractuales, por mandato legal, tanto en el ámbito del derecho público como privado. Así, manifestó el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

*“(…) se tiene que recordar que dentro del Derecho a la Competencia instituido en Colombia desde hace algo más de medio siglo por la Ley 155 de 1959 y desarrollado por el Decreto 2153 de 1992 con apoyo en el artículo 333 de la Constitución Política, se encuentran prohibidos los acuerdos que tengan “por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”, **como tampoco cuentan con la tutela del ordenamiento jurídico las prácticas que restringen la libre competencia, por lo cual tanto en la etapa precontractual como en la contractual aun en el ámbito del derecho privado existen diversas reglas de conducta de orden legal que deben respetar las entidades convocantes y los partícipes, bien sean entidades públicas o privadas**”.*

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento se encuentra limitando el ejercicio del derecho a la libertad de empresa que tienen los investigados, ya que lo que se reprocha en el presente caso es la comisión de una práctica colusoria violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia al haber participado manera coordinada en distintos procesos de selección contractual adelantados por varias entidades del Estado, conducta que excede los límites constitucionales y legales que protegen el bien común.