

**Radicación: 16 - 434574 – Caso “SUMINISTROS”**

**Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019**

**PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general**

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

*Dicha prohibición debe “ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece” constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos.*

**PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Control competitivo**

*El control competitivo hace referencia a la posibilidad de influir en las decisiones de otro agente de mercado, que estén relacionadas con la forma en que este última se comporta en el mercado. Ejemplos de lo anterior incluyen, pero no se limitan a, las decisiones que versen sobre: (i) la política empresarial; (ii) la iniciación o terminación de la actividad empresarial; (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa en cuestión; o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.*

*Así, la posibilidad de influenciar las anteriores decisiones, entre otras, permite que un agente de mercado pueda controlar el desempeño competitivo de otro en el mercado. Por este motivo, este Despacho ha reconocido que **el elemento esencial de la definición de control es que un agente de mercado tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra**<sup>1</sup>.*

*Ahora bien, lo anterior debe analizarse caso a caso, y dicho análisis debe estar enfocado a la determinación de la relación **real** entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellos.*

*De igual forma, la posibilidad de influenciar debe analizarse dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas sobre las cuales recaiga el estudio. Así, por ejemplo, en caso de tratarse de procesos de contratación pública, la determinación por parte de un agente o cualquier sujeto sobre las decisiones relativas a la participación en el proceso –es decir, de la entrada o no al mercado-, relacionadas con la presentación de la oferta o la precisión de la estrategia a seguir para competir por la adjudicación y en general, sobre las actuaciones a realizar en el marco del proceso, son a todas luces parte de la influencia en el comportamiento competitivo de la empresa y por tanto, darían cuenta de la existencia de control.*

*No es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se haya materializado en el pasado, ni que se materializará en un futuro próximo. Por el contrario, la sola posibilidad de influenciar, conforme al numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es suficiente para que exista control competitivo, de acuerdo a las normas del derecho de la competencia en Colombia.*

*Se adquiere control sobre una empresa “cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una ‘influencia material’ sobre su desempeño competitivo, es decir, una influencia que pueda afectar o modificar la manera en que la empresa compite en el mercado”.*

*La capacidad de “afectar o modificar la manera en que una empresa compite en el mercado” hace referencia a la “la posibilidad de influenciar la manera en que determina sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones, sus transacciones ordinarias, su endeudamiento, y cualquier otra variable relevante que afecte la forma en que se desenvuelve en el mercado”<sup>2</sup>.*

*En el marco del régimen vigente de protección de la libre competencia económica en Colombia, el concepto de control competitivo debe entenderse, en términos generales, como la posibilidad de influir en las decisiones de una empresa, que se encuentren relacionadas con la forma en que ésta se comporta en el mercado. En ese*

<sup>1</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

## Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019

sentido, el análisis de control debe tener un enfoque que permita **determinar la relación real entre controlante y controlada**, con independencia del vínculo jurídico o económico que exista entre ellos<sup>3</sup>.

**PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA** – Control competitivo diferencia con control societario

*Si bien dichos conceptos en ocasiones pueden coincidir, en realidad son independientes entre sí.*

*Así, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, contiene la definición de control propia del derecho de sociedades. Según este artículo, para que se configure una situación de control societario, es necesario que el poder de decisión de una sociedad se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual la sociedad controlada se llamará filial, o por intermedio de otras sociedades controladas por la matriz, cuyo caso la sociedad controlada se llamará subsidiaria.*

*De igual forma, el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, estableció tres (3) escenarios en donde se presume la existencia de control o subordinación societarios.*

*La definición de control en el marco del derecho de la competencia en Colombia es independiente de la definición de control societario descrito anteriormente, a tal punto que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae una definición propia, aplicable al régimen de protección de la competencia.*

*El concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con la propiedad de una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, ni con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de una empresa, ni con aparecer vinculados formalmente. Por el contrario, el control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una persona natural o jurídica tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.*

*Por lo anterior, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de la competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto bajo el entendido que una empresa puede no tener el control societario de otra, en los términos mencionados de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, más sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, obteniendo así control desde el punto de vista del derecho de la competencia.*

*La existencia de control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, no siempre genera los efectos propios de la subordinación en el derecho societario, como la inscripción de tal situación en el registro mercantil, consolidación de estados financieros, responsabilidad de la matriz en ciertas obligaciones de sus subordinadas, entre otros.*

*El control en el derecho de la competencia se verificará, según la ley, **en los casos en que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa**, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos en que, bajo las normas del derecho societario, se configura una situación de control.*

**PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA** – Prohibición general - Configuración

*La contravención se predica de las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. (...) el carácter restrictivo de las conductas desplegadas (...) Esto es, el que participaron en determinados procesos de selección haciéndose pasar como competidores autónomos e independientes cuando, en realidad, actúan como una misma empresa que busca incrementar sus probabilidades de resultar adjudicataria. Tal conducta, encaminada a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de procesos de contratación estatal para incrementar las probabilidades de resultar adjudicatarios, constituye una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia.*

*La razón por la cual la libre competencia se limita con prácticas como la llevada a cabo por las investigadas, es porque consigue incrementar ilegítimamente la probabilidad de ser adjudicatarias y reducir la incertidumbre del proceso, en detrimento de las probabilidades con que contarían sus verdaderos competidores. Su comportamiento coordinado, a la vez que aumenta artificialmente su probabilidad de resultar favorecidos, reduce la de los demás proponentes. Así, los niveles de transparencia e igualdad sufren un desbalance y las entidades públicas pierden la oportunidad de contar con fuertes presiones competitivas que pudieran traducirse en mejores ofertas y condiciones más favorables.*

<sup>3</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado proferido en la investigación tramitada en el expediente No. 11-137432.

**Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019****PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Colusión en licitaciones o concursos**

*Los acuerdos restrictivos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 comportan una conducta en la que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de “acuerdo” contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”.*

*Lo que resulta censurable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo o cualquier práctica que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Estas conductas, son consideradas como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.*

*Cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal.*

*El hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables “por objeto”, quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo 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.*

**PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdos restrictivos de la competencia – Colusión en licitaciones o concursos – Alcance del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992**

*El encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, “licitaciones o concursos”, sino que por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos colusorios que tengan por objeto o efecto falsear la libre competencia, sin importar la modalidad de selección de que se trate.*

*Los acuerdos colusorios que se presenten en la modalidad de selección abreviada o cualquier otra modalidad en que sean posibles condiciones de libre competencia, y cuando quiera que esta se obstruya, restrinja o distorsione, como el sancionado en el presente caso, sin lugar a dudas, serán reprochables y sancionables por esta Superintendencia.*

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración prueba circunstancial**

*Tal y como lo señala la **OCDE**, “la valoración de la evidencia de tipo circunstancial debe realizarse de manera holística, es decir, por medio de la evaluación conjunta o acumulativa de todas las pruebas, en vez de considerar que cada evidencia de manera independiente soporta de manera inequívoca la hipótesis del acuerdo”<sup>4</sup>.*

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Responsabilidad personas naturales**

*La sola pertenencia de una persona natural a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su*

<sup>4</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Prosecuting Cartels Without Direct Evidence. 2006. Pág. 18. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>

**Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019**

*responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un hecho que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión<sup>5</sup>.*

*En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:*

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.*
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.*
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.*

*Según lo anterior, esta Superintendencia ha considerado que para vincular y sancionar a una persona natural por estar involucrada con una conducta anticompetitiva, resulta necesario encontrar dentro de la actuación administrativa pruebas que den cuenta de la conducta activa o pasiva de la persona vinculada al agente de mercado infractor.*

*Ahora bien, tratándose de conductas pasivas o por omisión, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución e incluso, a quien, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido la existencia de la práctica restrictiva de la competencia.*

**INVESTIGACIONES POR PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Monto de las sanciones**

*De conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.*

*Para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.*

*Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.*

*También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.*

<sup>5</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, págs. 93-94; Resolución 23521 del 12 de mayo de 2015, págs. 47-48; Resolución 16562 del 14 de abril de 2015, pág. 54.