

Resolución No. 28751 del 16 de junio del de 2020

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Propósitos de las disposiciones sobre protección de la competencia – Prácticas restrictivas de la competencia en procesos de contratación estatal

[L]a libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso per cápita son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos.

[L]a sana rivalidad y competencia entre empresas deriva 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. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren. (...).

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 estas, 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.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades, las 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.*

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Mercado afectado por la conducta

Esta Superintendencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la definición del mercado afectado que involucra las licitaciones públicas indicando que, a diferencia de otro tipo de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que abarcan procesos de compras públicas el mercado afectado es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes. Al respecto esta Entidad ha indicado que:

“[A] diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo,

Resolución No. 28751 del 16 de junio del de 2020

pues el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes”.

(...)

“Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección”.

PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS – Recomendación del Informe Motivado

Teniendo en cuenta que en el presente caso el Informe Motivado concluyó que no se configuraron las conductas restrictivas de la competencia investigadas, motivo por el cual se recomendó archivar la investigación y, después de valorar las pruebas obrantes en el Expediente, este Despacho encuentra que comparte el juicio presentado por la Delegatura. Lo anterior, en la medida en que no existen pruebas dentro del Expediente que demuestren la ejecución de prácticas restrictivas de la libre competencia por parte de los agentes de mercado investigados (...).

Frente a la imputación formulada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión) el Despacho dará aplicación al inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que establece:

“Artículo 52. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas.

(...)

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

(...).”

Teniendo en cuenta lo previsto en esta norma, el Despacho acogerá la recomendación y el análisis presentado por la Delegatura en el Informe Motivado, resumiendo las pruebas que sustentan la decisión de archivo

Frente a la imputación formulada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), el Despacho acogerá la recomendación del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Intercambio de información sensible entre competidores – Idoneidad para afectar la libre competencia

La Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única en materia de libre competencia en Colombia, reconoce que las dinámicas de los mercados nacionales son cambiantes y cuentan con características propias dependiendo del sector en el que se encuentren. En este sentido, factores como el número de oferentes, la estructura del mercado, así como la manera en que se comportan la oferta y la demanda son determinantes para establecer el comportamiento de los diferentes agentes en los mercados nacionales. Por esta razón, la información del mercado es un insumo esencial para los agentes económicos, puesto que a través de esta podrán determinar su comportamiento y competir de manera más eficiente.

[E]s natural que los agentes de mercado busquen obtener la mayor cantidad de información del mercado en el que compiten, lo cual incluye necesariamente información de sus competidores. Si bien esto no es ilegal per sé, dicha obtención de información se torna ilegal y contraviene el régimen de la libre competencia cuando a través de medios o mecanismos ilegítimos, fraudulentos o contrarios al orden público y las buenas costumbres, se obtiene información reservada o sensible de los competidores que constituya una ventaja competitiva en determinado mercado, en desmedro de los demás agentes de mercado o incluso de los mismos consumidores.

Esta circunstancia comporta mayores impactos negativos en la contratación estatal. De hecho, recientemente mediante Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019, este Despacho precisó lo siguiente respecto al acceso a información confidencial en el marco de un proceso de selección contractual público:

“Precisamente, esta Superintendencia ha considerado que dentro de las prácticas más comunes que afectan la libre competencia en los procesos de contratación pública se encuentra el intercambio de información entre los

Resolución No. 28751 del 16 de junio del de 2020

funcionarios de la entidad contratante y los futuros proponentes. Según la **OCDE**, la ocurrencia de estas prácticas en los procesos de contratación puede desalentar la participación de compañías competidoras, disminuir la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavar los beneficios de un mercado competitivo.

En tal medida, en la estructuración de un proceso de contratación existe determinada información que por sus particularidades, el momento en que es manejada por la entidad pública y su relevancia en la confección de los criterios de selección del que será el futuro contratista, resulta confidencial. De ese modo, todas las personas o interesados en contratar con el Estado deben gozar de idénticas oportunidades respecto del acceso a la información relacionada con el proceso licitatorio en los tiempos y a través de los mecanismos previstos en la ley, con lo que se garantiza la libre concurrencia en condiciones de igualdad de aquellos oferentes potencialmente habilitados para participar según las exigencias de cada proceso contractual y, a su vez, se beneficia a la entidad pública de las ventajas económicas que la competencia en el mercado le puede generar.

Así las cosas, **en el desarrollo de las actividades propias de la contratación estatal, la publicidad y la igualdad de oportunidades son elementos fundamentales para garantizar que todos los agentes participantes puedan actuar en condiciones que garanticen el libre desarrollo del proceso competitivo y, por esa vía, materialicen el principio de selección objetiva, es decir, que la escogencia se lleve a cabo con el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Entonces, cualquier distorsión injustificada de estas condiciones afecta el desenvolvimiento natural de sus participantes y la igualdad de oportunidades en las que se espera que estos concurren a rivalizar en los procesos de contratación estatal.**

En efecto, cuando un interesado en contratar con el Estado se anticipa indebidamente a las condiciones o exigencias que tendrá un proceso contractual a través del acceso fraudulento a información confidencial, en forma inmerecida se atribuye una ventaja competitiva frente a los demás interesados, circunstancia que limita la libre competencia en el proceso contractual. Esta situación se configura, por ejemplo, cuando uno de los agentes del mercado se entera de determinadas condiciones o exigencias que aún no han sido públicamente reveladas por quien dirige un proceso de contratación estatal y esa información es relevante y concreta para el desarrollo del proceso de selección o suficiente para darle ventaja a quien accede a la misma para participar en el proceso” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[L]os principios de publicidad e igualdad, propios del ámbito de la contratación estatal, son elementos esenciales que garantizan la materialización del derecho a la libre competencia económica en los procesos o concursos públicos, lo cual, a su vez, se traduce en el perfeccionamiento del principio de selección objetiva. Por tal motivo, cualquier afectación, impacto o distorsión en tales principios frustra el normal desenvolvimiento del proceso competitivo y, por ende, puede ser constitutivo de una práctica anticompetitiva afectando negativamente el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

[C]uando en el marco de un proceso contractual proponentes intercambian información sensible o reservada frente a la estrategia que adoptarán u otorgan o reciben una ventaja competitiva ilegítima frente a los demás competidores, afectan intereses superiores en la medida en que quien funge en esos procesos como oferente es el Estado Colombiano.

Esta Superintendencia ha tenido ocasión de referirse en varias oportunidades al intercambio de información entre agentes de mercado, aunque no como conducta autónoma e independiente que se enmarcaría dentro de la prohibición general de competencia (artículo 1 Ley 155 de 1959), sino como un instrumento para perpetrar otras conductas ilegales. Particularmente en dos casos (“Cuadernos” y “Tuberías”), esta Entidad ha analizado intercambios de información entre competidores como parte de sistemas o acuerdos anticompetitivos.

[E]sta Superintendencia tuvo ocasión de referirse a conductas de intercambio de información sensible que hicieron parte de un sistema anticompetitivo o de un acuerdo restrictivo de la libre competencia que se investigaron y sancionaron de esta forma. Véase cómo, en ambos casos, los cartelistas compartieron entre ellos información privada y sensible que un ambiente de libre competencia no ocurriría, comportamiento que les generó una ventaja competitiva contrariando el régimen general de la libre competencia económica. Así, en el caso de “Cuadernos” dos competidores (**CARVAJAL** y **SCRIBE**) utilizaron dicho intercambio de información reservada para coordinar sus políticas comerciales y de tratamiento de los clientes, situación que fue idónea para favorecerlos y de esa forma generar una distorsión en la sana y libre competencia. En forma similar, en el caso de “Tuberías” el intercambio de información entre competidores fue la base para repartirse el mercado a través de la fijación de precios de descuento que serían ofrecidos a los clientes.

[E]n la Cartilla expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la Aplicación de las Normas de Competencia frente a las Asociaciones de Empresas y Asociaciones o Colegios de Profesionales, se establecieron como criterios determinantes de los intercambios de información que pueden restringir la libre competencia los siguientes:

Resolución No. 28751 del 16 de junio del de 2020

a. La estructura del mercado en el que se lleva a cabo el intercambio de información

Hace referencia a la concentración del mercado. Entre más concentrado sea el mercado, mayor probabilidad de que el intercambio de información tenga efectos anticompetitivos en razón del número reducido de competidores, como en el caso de un oligopolio.

b. La naturaleza del producto sobre el cual se intercambia información

Tratándose de un producto homogéneo (es decir, productos que por regla general no son diferenciables, como el petróleo, el cemento o la soya) el intercambio de información de mercado hace más probable la homogeneización de comportamientos entre competidores, siendo más fácil la coordinación de voluntades entre ellos en este tipo de productos que en otros. Lo contrario sucede cuando se trata de productos diferenciados, pues es menos probable que el intercambio de información resulte en coordinación al interior del mercado. Lo cual no implica que no sea posible.

c. La clase y naturaleza de información intercambiada

El tipo de información intercambiada a través de la asociación es un aspecto crucial al momento de determinar si la conducta es restrictiva de la competencia o no. El intercambio de información relacionada con la naturaleza intrínseca del negocio, como precios, cantidades, estrategias comerciales, proyectos de inversión, entre otros, es proclive a afectar el mercado, al paso que la información que es de conocimiento público no resulta problemática para el régimen de competencia.

d. El nivel de detalle de la información compartida

Entre más detallada sea la información compartida en el marco de la asociación, habrá mayor probabilidad de que existan comportamientos colusorios o restrictivos de la competencia entre competidores. Lo anterior ocurre especialmente en los eventos en que la información que se comparte permite dar luces sobre la empresa o agente del mercado que dio origen a la misma.

e. El periodo de referencia de la información intercambiada

Mientras que el intercambio de información actual o proyectada a futuro tiene la potencialidad de afectar la libre competencia, el intercambio de información histórica de las compañías no es, por regla general, considerada sensible, en la medida en que pierde la capacidad de afectar las conductas futuras de los agentes. Lo anterior siempre que sea presentada de forma agregada.

f. La frecuencia con la que se lleva a cabo el intercambio de información

Entre más frecuente sea el intercambio de la información, mayor probabilidad habrá de que las compañías puedan adaptarse fácilmente a las estrategias de sus competidores y, en consecuencia, de que el intercambio afecte la competencia.

g. Los beneficiarios de los programas de intercambio de información

Entre mayores sean los destinatarios del intercambio de información, es menos probable que sean únicamente los competidores quienes se beneficien de la información. Además, si el intercambio de información únicamente se realiza entre los miembros de la asociación, es más probable que quienes se beneficien de este intercambio sean únicamente estos agentes, mientras que si se hace pública, los productores normalmente no podrán abusar del conocimiento que tienen del mercado” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[L]os elementos que deben acreditarse para declarar que con el intercambio de información se generó una ventaja competitiva ilegítima a determinado agente, lo cual conlleva una distorsión en el mercado son: (i) que exista prueba del intercambio o el suministro y uso indebido de información de un competidor; (ii) que se tenga certeza de cuál fue la información y si esta tiene el carácter de sensible o reservada; (iii) que no exista ningún mecanismo público a través del cual se pueda acceder a dicha información; y (iv) que con dicha información el agente de mercado hubiese obtenido una ventaja competitiva en el mercado.

[L]a información es un insumo esencial de los agentes económicos en cualquier mercado, el cual les sirve para competir eficientemente y buscar ventajas frente a sus competidores. Las dinámicas de cada mercado son cambiantes en el tiempo y tienen características propias. Sin embargo, la obtención de información sensible o reservada de sus competidores mediante medios o mecanismos ilegítimos, fraudulentos o contrarios al orden público y las buenas costumbres que les impliquen una ventaja competitiva es un comportamiento violatorio del régimen de la libre competencia económica. Esta circunstancia resulta especialmente aplicable en los mercados en los que el Estado colombiano funge como consumidor, es decir en los procesos de selección contractual, casos en los cuales con el intercambio o suministro y uso de esa información se atenta de forma directa contra

Resolución No. 28751 del 16 de junio del de 2020

los principios de publicidad, igualdad y selección objetiva, puesto que distorsiona de manera grave el correcto desarrollo de la selección del proponente. Tal comportamiento, conforme los lineamientos dados por la Corte Constitucional en sentencia C-032 de 2017, es posible enmarcarlo dentro de la prohibición general de competencia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho administrativo sancionatorio – diferencias con el derecho penal y el derecho disciplinario – Valoración probatoria de los indicios

El derecho administrativo sancionatorio hace parte, junto con el derecho penal, del ius puniendi del Estado. (...).

[L]a finalidad perseguida por el derecho administrativo sancionatorio es la de:

“[G]arantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo”. Y, que en su desarrollo y aplicación comparte principios del derecho penal, éste “reviste características propias y específicas que ameritan un tratamiento diferencial, entre otras razones, al carácter flexible y menos riguroso que tiene la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Estas diferencias han sido señaladas por la Superintendencia de Industria y Comercio en repetidas ocasiones. Frente al particular se ha mencionado:

“Así, “[e]n el derecho sancionatorio administrativo se utiliza la prohibición, el mandato, la observancia, el cumplimiento de determinadas obligaciones, para luego tipificar como ilícito el desobedecimiento a las mismas o al desconocimiento a dichas especificaciones”. Por ende, “castiga el desconocimiento a su normatividad administrativa”.

Vistas estas diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio –y sin perder de vista que ambas forman parte de la potestad punitiva del Estado– si bien el segundo aplica de una manera flexible los principios que rigen el derecho penal, por la finalidad que cada uno pregona, los procedimientos que adelantan las autoridades son completamente autónomos y diferentes. Al respecto señaló la Corte Constitucional que:

“[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”

Conforme lo anterior, es lógico que el legislador no exija para la estructuración de la responsabilidad administrativa el juicio que en materia penal debe hacerse frente a los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (Artículo 9 Código Penal). Así, las distintas autoridades que cumplen funciones de policía administrativa no tienen la obligación legal de adecuar las conductas a los elementos señalados. En tal sentido, las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio no se encuentran regidas por el conjunto de normas que regulan el derecho penal. Es así como el derecho administrativo sancionatorio se integra de normas diferentes al derecho penal”.

[E]l derecho administrativo sancionatorio y, por ende, en los procedimientos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica los indicios sirven como prueba para declarar la responsabilidad de los investigados. El uso de indicios como prueba de la ejecución de conductas anticompetitivas ha sido avalado por el Consejo de Estado (...).

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Etapa de averiguación preliminar

[E]s importante mencionar las características de la etapa de averiguación preliminar en los procesos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, por cuanto es la antesala de la investigación que, tras encontrar suficientes elementos de juicio, puede abrir el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. En dicha etapa se busca recaudar pruebas con el fin de verificar el efectivo cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y la necesidad de iniciar una investigación formal. Por tal

Resolución No. 28751 del 16 de junio del de 2020

motivo, en dicho momento de la actuación administrativa no hay personas vinculadas al proceso y su principal característica es que es reservada e informal.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – obstrucción a las investigaciones

El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece que son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:

*“Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, **incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones**, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor” (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En desarrollo de lo anterior, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas, previa solicitud de explicaciones, por la obstrucción de actuaciones administrativas, por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta en desarrollo de sus funciones o por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas.

*Dicho reproche se estructura sobre un comportamiento que no permite que esta Entidad ejerza sus funciones de una manera adecuada, motivo por el cual resulta de especial relevancia y gravedad al afectar el correcto desenvolvimiento de los procesos administrativos en los que se busca garantizar **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado, **(ii)** el bienestar de los consumidores y **(iii)** la eficiencia económica (artículo 2 Ley 1340 de 2009).*

[E]l no acatamiento en debida forma de las solicitudes de información o de las órdenes e instrucciones impartidas por esta Entidad, así como la obstrucción a las investigaciones adelantadas por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, son comportamientos de extrema gravedad reprochables por la Autoridad Nacional de Competencia, los cuales dan lugar a los procedimientos a través de los cuales se censura su falta de colaboración con la administración y que, conforme lo establecido por el legislador hacen parte del régimen de la libre competencia económica, buscando proteger bienes jurídicos diferentes, siendo muestra de ello la situación según la cual son aplicables las sanciones señaladas por el numeral 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente.