

Radicación: 15-240653 – Caso “FERLAG E INVERSIONES Y SUMINISTROS”

Resolución No. 31079 del 29 de julio de 2019 – Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – propósitos de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

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

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

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

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

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

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

(...)

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

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

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

Resolución No. 31079 del 29 de julio de 2019 – Recurso de reposición

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prácticas restrictivas en procesos de contratación pública

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

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

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

[E]l comportamiento mencionado resulta reprochable porque, además de violar el régimen de competencia económica, implica un desconocimiento de los fines y principios que gobiernan los procesos de contratación pública.

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

“(…)

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como bid rigging o collusive tendering, y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto debido a que no sólo vulnera ese bien jurídico, sino también los bienes públicos. (...).

(…)

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

Así como lo ha reiterado este Despacho en otras ocasiones, la colusión en la contratación estatal produce, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) se pueden incrementar injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos”.

[U]n análisis serio de los efectos enunciados en el aparte transcrito permite advertir que estos tienen lugar igualmente cuando se presenta la participación de proponentes en determinado proceso de selección, quienes se comportan como competidores independientes y autónomos cuando en realidad no lo son. Esto es así ya que ambas conductas generan o tienen la potencialidad de generar una modificación artificial de los resultados de la adjudicación correspondiente, con lo que producen coincidentemente consecuencias negativas como la defraudación del interés público, la limitación de la participación de los demás proponentes que compiten de

Resolución No. 31079 del 29 de julio de 2019 – Recurso de reposición

manera independiente y transparente, la generación de asimetrías de información, la generación de riesgos de incrementos injustificados de precios o disminuciones en términos de calidad, entre otros.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Libre competencia y acuerdos marco de precios en procesos de contratación estatal

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

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

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

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

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Efectos anticompetitivos de la conducta

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

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

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

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