

Radicación: 17 - 401804 – Caso “INVÍAS”

Resolución No. 3303 del 02 de febrero de 2021 – Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Prácticas restrictivas de la competencia en procesos de contratación pública

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 (...) 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.

Ahora bien, la Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes 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 las mismas hacen parte de una conducta coordinada entre los proponentes, encaminada a falsear la libre competencia dentro del proceso de selección**. En este último esquema, por lo general, hay dos o más ofertas que, a pesar de ser presentadas por oferentes que se hacen pasar por competidores autónomos e independientes, en realidad no compiten entre ellas, pues su elaboración y presentación obedecen a una táctica acordada y coordinada previamente, la cual resulta favorecida, en muchas ocasiones, por la existencia de un mismo grupo de interés económico, existencia de situaciones de subordinación entre los oferentes o la existencia de vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Conducta anticompetitiva por objeto

[E]l simple hecho que dos o más proponentes en un determinado proceso de selección participen en el mismo aparentando ser competidores, cuando en realidad su comportamiento responde a una estrategia de coordinación previamente acordada, debe considerarse como una conducta anticompetitiva por objeto, es decir, idónea y con la potencialidad de afectar la libre competencia.

Como lo ha manifestado reiteradamente esta Entidad en anteriores oportunidades, las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no obligan a analizar sus efectos en el mercado. Así, en la Resolución No. 103652 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

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

De esta forma, en el supuesto de una práctica anticompetitiva **por objeto** (...) solo será necesario probar la efectiva existencia de la misma para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre competencia en Colombia.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Situación de control competitivo

[E]l concepto de control competitivo (...) hace referencia a la posibilidad que tiene un agente económico de influir en las decisiones de otro, que estén relacionadas con la forma en que este último 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

Resolución No. 3303 del 02 de febrero de 2021 – Recurso de reposición

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.

[E]l hecho que dos o más agentes económicos que participen en un mismo mercado o proceso de selección estén sujetos a una misma situación de control competitivo, **son situaciones que no son sancionables por sí mismas bajo el régimen de libre competencia.** Para esta Entidad, lo que es reprochable es que dichas empresas, sujetas a una misma situación de control competitivo, participen en el mercado o proceso de selección de manera coordinada, eliminando la competencia entre sí y reemplazándola por una conducta colusoria, afectando los principios de la libre competencia económica

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Actuación independiente de cada proponente en el proceso de selección

Debe reiterarse que la participación de una empresa como proponente en un determinado proceso de selección debe ser el resultado de una decisión autónoma e independiente, la cual debe ser tomada previo análisis interno de las condiciones técnicas y económicas exigidas por la Entidad contratante y la capacidad del posible proponente de cumplirlas. En este sentido, cada oferente, como competidor independiente, es el encargado de adelantar sus propias gestiones para, por ejemplo, estructurar las posibles figuras asociativas que le permitan cumplir las condiciones de cada proceso. Así, no es aceptable que dos futuros o actuales competidores se colaboren en la estructuración de sus ofertas y en la definición de la estrategia que utilizará cada uno para presentarlas, aparentando independencia pero en realidad poniendo en marcha una coordinación contraria a los principios de la libre competencia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – VISITAS DE INSPECCIÓN – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

[D]entro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo de protección de la libre competencia económica conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011. De esta forma, esta Superintendencia está facultada para iniciar una actuación de oficio o por solicitud de un tercero, y de considerarlo necesario adelantar averiguaciones preliminares para obtener mayor información que le permita concluir la existencia o no de mérito para iniciar una investigación por violación del régimen de libre competencia. Tales facultades se encuentran previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

“Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, **la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar**, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En tal medida, y según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará si se requiere proceder con una averiguación preliminar, decisión que dependerá de si la autoridad considera tener o no suficientes elementos de prueba que le permitan concluir la necesidad de iniciar una investigación por medio de un acto de apertura y formulación de pliego de cargos, con el fin de establecer si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, las etapas previas al inicio de una investigación materializan las facultades de inspección en cabeza de esta Entidad. Dichas etapas, de carácter reservado, no están sujetas a formalidad alguna y tienen como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal.

Por su parte, el elemento de reserva de las averiguaciones preliminares tiene profusa importancia en las funciones de inspección de esta Superintendencia por cuanto su intervención en estas etapas busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Autoridad propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

Como puede observarse, la relevancia de las etapas previas al inicio de una investigación, incluyendo la posibilidad de adelantar una averiguación preliminar, en donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que tienen como finalidad obtener la información necesaria para verificar la existencia de

Resolución No. 3303 del 02 de febrero de 2021 – Recurso de reposición

mérito de iniciar una investigación en dónde se buscará determinar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – VISITAS DE INSPECCIÓN –Información que obra en equipos personales

[E]sta Superintendencia tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, libros, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

En este sentido, puede afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, realizar entrevistas y practicar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Ahora bien, es importante poner de presente que de acuerdo a la sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional, la información que repose en los computadores, Tablets, celulares o demás dispositivos que sean utilizados con fines institucionales, se entienden como relacionados con la actividad del comerciante y por tanto pueden efectivamente ser exigidos por las superintendencias en su calidad de entidades de inspección, vigilancia y control en los términos del inciso 4 del artículo 15 de la Constitución Política.

A su vez, no puede pasarse por alto que de acuerdo a sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el hecho que a través de sistema de mensajería (como correos electrónicos), se transmitan a la vez comunicaciones privadas como institucionales, no significa de ninguna manera que dichos sistemas de mensajería deban entonces considerarse de naturaleza personal.

De esta forma, se puede establecer que a pesar de que un trabajador opte por transmitir a través de una misma cuenta de correo electrónico mensajes de naturaleza privada e institucional, la misma sigue teniendo naturaleza empresarial, y por tanto, la información contenida en ella se considera relacionada con la actividad de la compañía y por tanto puede ser sujeta a inspección por parte de esta Superintendencia o cualquier otra autoridad Estatal con dichas facultades.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – VISITAS DE INSPECCIÓN –Obligación de cumplir con los requerimientos de información de la Superintendencia de Industria y Comercio

[D]ebe recordarse que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o el incumplimiento a los requerimientos formulados por esta Superintendencia en dichas etapas previas y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones, revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas por el ordenamiento nacional, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a diversas pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular.

En ese contexto, es importante llamar la atención en el hecho que esta Superintendencia, en las etapas previas a la formulación de pliego de cargos, se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omite acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones.

Precisamente por este motivo, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omite acatar en debida forma las órdenes, requerimientos e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones administrativas.

A partir de lo analizado es posible establecer que el legislador prevé como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia “(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)”, entre otras conductas.

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e

Resolución No. 3303 del 02 de febrero de 2021 – Recurso de reposición

incumplir las ordenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – INFORME MOTIVADO – El informe motivado presentado por la Delegatura para la Protección de la Competencia no debe contener referencia a los criterios de graduación de la multa

[L]a Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio es la encargada de adelantar las averiguaciones preliminares y de instruir las correspondientes investigaciones por posibles violaciones al régimen de libre competencia, para finalmente emitir un informe motivado en el cual establecerá únicamente su posición sobre si ha existido o no una infracción al régimen de libre competencia en Colombia y sobre la necesidad de declarar o no administrativamente responsables a los investigados.

[E]s función del Superintendente de Industria y Comercio, y no de la Delegatura, el imponer las multas correspondientes y graduarlas de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Así, y conforme con los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 ibídem, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y graduar la multa de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Aplicación del artículo 206 del Código General del Proceso

*[L]a naturaleza del trámite administrativo por medio del cual se busca establecer la existencia de una conducta anticompetitiva impide totalmente la aplicación de la disposición prevista en el [artículo 206 del] **CGP**.*

Debe recordarse que el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por esta Superintendencia en investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia no se basa en un modelo dispositivo, como los procesos judiciales, según el cual corresponde a las partes dar inicio, impulsar y llevar a su culminación los procesos. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional “(...) Con sustento en doctrina autorizada, esta corporación ha explicado que los sistemas dispositivos confieren a las partes el dominio del procedimiento y el juez no cumple ningún papel activo en el desarrollo del proceso sino en la adjudicación, al momento de decidir un litigio”.

Por el contrario, las actuaciones de esta Entidad corresponden a un modelo inquisitivo, en dónde, según el máximo tribunal en materia constitucional, “(...) el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad”.

*En este orden de ideas, debe entenderse que el artículo 206 del **CGP** (...) tiene aplicación exclusivamente en procesos de naturaleza dispositiva. Por el contrario, en una actuación administrativa sancionatoria como la presente, la Superintendencia de Industria y Comercio está en la obligación de impulsar la investigación y valorar todos los elementos de prueba que tenga a su disposición, e imponer la sanción de acuerdo a los criterios legales que trae la ley, que en la caso del régimen de libre competencia económica se encuentran establecidos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009*

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Nulidad de pruebas recaudadas durante las etapas previas a la apertura de investigación

[E]l momento procesal para que los investigados expresaran sus argumentos en contra de las pruebas recaudadas durante las etapas previas a la apertura de la investigación correspondía precisamente al momento de presentación de los descargos en contra de la Resolución de Apertura de Investigación.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Tasación de la multa

[C]on el fin de tasar las sanciones a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera así como la actividad de cada persona en el mercado no es la misma, o su rol en la comisión de la conducta varía, entre otras condiciones diferenciadoras.

Resolución No. 3303 del 02 de febrero de 2021 – Recurso de reposición

Lo anterior implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero asegura que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Ahora bien, la discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga “un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción”.

Ahora bien, presentar las sanciones como proporción del patrimonio, o de la multa máxima aplicable no es caprichoso de esta Entidad. En primer lugar, para el caso de los infractores, la ley expresamente dispone el patrimonio como uno de los criterios a tener en cuenta para la dosificación de las sanciones. En segundo lugar, dichas consideraciones permiten evidenciar la proporcionalidad de las sanciones impuestas e ilustrar que, si bien las mismas no son irrisorias, de modo que puedan cumplir con su propósito disuasorio, tampoco son confiscatorias.

Por todo lo anterior, es importante que al analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas deban considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación del Despacho para el cálculo de las mismas, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas (...) que, adicionalmente, garantiza que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y se garantice la capacidad de pago de los infractores.

Finalmente, sobre la conducta procesal, debe aclararse que responder a los requerimientos realizados por esta Superintendencia, así como ejercer su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada, o no obstaculizar el correcto desarrollo de la actuación administrativa no puede interpretarse como un atenuante a las sanciones impuestas, pues su comportamiento procesal apenas se limitó a cumplir con sus obligaciones legales