

Radicación: 16-210853 – Caso “VIGILANCIA II”

Resolución No. 48306 del 23 de septiembre de 2019

PROHIBICIÓN GENERAL – Conductas que la configuran

La conducta de prohibición general está contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 que prevé:

“Artículo 1. Prohibición general. *Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.*

(...)”.

Esta Entidad y la propia Corte Constitucional –en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró la exequibilidad de la norma citada– 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.

[T]al y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, 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.

RESPONSABILIDAD POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Análisis del factor subjetivo

[E]l Consejo de Estado ha señalado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en varias ocasiones que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo a efectos de determinar la responsabilidad. Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – principio de non bis in idem

[C]on la presente investigación administrativa la Delegatura no hizo una fragmentación de la conducta sancionada bajo el radicado 11-71590, sino que realizó la investigación de una nueva conducta. En ese sentido, el Despacho resalta que no es lo mismo la conducta desde la perspectiva del tipo anticompetitivo consagrado en la normativa (sentido estricto) que la conducta desde perspectiva de la imputación (sentido amplio).

Así, para el Despacho es claro que cuando la Delegatura se refiere a la “continuidad” de la conducta hace referencia a la continuidad de la conducta típica prohibida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y no a la continuidad de la imputación sancionada bajo el radicado 11-71590.

[P]ara el Despacho es claro que lo que investigó la Delegatura en la presente actuación administrativa es una conducta -desde la perspectiva de imputación- distinta a aquella iniciada bajo el radicado 11-71590. Lo anterior, porque si bien se indagó si los investigados habían continuado el mismo comportamiento sancionado en la investigación bajo el radicado 11-71590, y que está tipificado como conducta anticompetitiva en el artículo 1 de Ley 155 de 1959, lo hizo con fundamento en procesos de selección contractual distintos, es decir, con fundamentos de hecho diferentes.

Por lo tanto, no se está frente a una fragmentación de una conducta continuada en sub-conductas, sino de dos conductas distintas. De allí que el Despacho considere que no se presentó vulneración alguna al principio non bis in idem.

El Despacho tampoco comparte la apreciación de los investigados respecto a que en el presente caso se atentó contra la prohibición a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, toda vez que no hay identidad de objeto por cuanto los hechos que fundamentan la presente actuación administrativa son distintos a los que fundamentaron la investigación iniciada bajo el radicado 11-71590.

Resolución No. 48306 del 23 de septiembre de 2019

[S]e reitera lo arriba señalado en el sentido que si bien en la presente investigación se indagó si los investigados habían continuado el mismo comportamiento sancionado en la investigación bajo el radicado 11-71590, ello se hizo con fundamento en procesos de selección contractual distintos, es decir, con fundamentos de hecho diferentes.

Respecto al argumento relacionado con que hubo una vulneración al principio non bis ídem porque en la investigación administrativa bajo el radicado 11-71590 “sí los investigaron y sí los sancionaron por hechos relacionados con el periodo 2012 a 2015”, los investigados argumentaron que hubo una violación al principio non bis ídem “al volver a investigar el mismo periodo sobre el cual ya habría una sanción previa”.

[E]l Despacho considera que no hay vulneración del principio non bis ídem porque, tal y como arriba se señaló, los contratos a los que hace referencia la defensa no fueron objeto de investigación ni de sanción en la presente actuación administrativa.

[A]unque un número plural de contratos que sirvieron para sancionar a los investigados en la actuación administrativa bajo el radicado 11-71590 hayan tenido efectos anticompetitivos durante el periodo investigado en la presente actuación, el asunto de fondo a efectos de determinar una posible vulneración al principio non bis ídem es el mismo planteado a lo largo del presente análisis: los contratos que sustentaron la investigación no son los mismos en una y otra actuación administrativa, por lo no puede haber infracción al principio non bis ídem.

Así, una sanción por una conducta continuada no significa que la autoridad no pueda volver a investigar al infractor por esa misma conducta típica, si se fundamenta en hechos distintos, tal y como ocurrió en el presente caso.

En conclusión, aunque el fundamento normativo y la hipótesis de control competitivo sea la misma en ambas actuaciones administrativas, los hechos no son los mismos, y por ende, no se pudo haber configurado una infracción al principio non bis ídem.

[L]a Delegatura presentó un análisis exhaustivo con base en el material probatorio obrante en el Expediente a partir del cual se presentaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le permitieron concluir la existencia de la conducta anticompetitiva por parte las de personas naturales y jurídicas durante el periodo investigado. Por lo demás, los investigados se limitaron a realizar la mencionada afirmación sin aportar prueba u argumento adicional.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – traslado de la prueba

[L]os investigados argumentaron que dentro del proceso no hubo lugar a la garantía de la contradicción de la prueba, por lo que “debe excluirse su valoración para adoptar una decisión en la presente actuación administrativa, por parte de la autoridad”. Lo anterior, porque la Superintendencia decretó el traslado de pruebas antes del momento procesal oportuno, toda vez que ordenó el traslado de esas pruebas antes de surtirse la etapa de instrucción.

Sobre el particular, el Despacho comparte en su totalidad la argumentación de la Delegatura expresada en el Informe Motivado respecto de las posibilidades que establece el mencionado artículo 174 del CGP para las pruebas trasladadas, señalando el siguiente extracto de la sentencia T-204 de 2018 de la Corte Constitucional:

“Esta Sala de Revisión considera que (i) la prueba trasladada es un medio probatorio regulado en el Código General del proceso que puede solicitarse en el trámite contencioso administrativo y (ii) de acuerdo con la jurisprudencia -Consejo de Estado y Corte Constitucional- y la doctrina, los jueces no pueden valorar una prueba trasladada ciñéndose de manera literal al artículo 174 del Código General del Proceso, comoquiera que tal lectura no abarca de manera completa todos los escenarios posibles para salvaguardar el derecho de contradicción de las partes, como expresión del derecho fundamental al debido proceso. En este orden de ideas, (iii) para esta Sala no existe duda acerca de que la validez de la valoración de una prueba trasladada depende del ejercicio del derecho de contradicción que se hubiese surtido sobre la misma, ya sea en el proceso de origen o en el que se traslada, pues solo cuando tal derecho esté plenamente garantizado el juez se encuentra autorizado para considerar la prueba de que se trate sin ningún trámite adicional”.

En este sentido, la Delegatura afirmó que “la oportunidad establecida para el ejercicio de tal derecho se dio en el marco de la etapa probatoria de la presente investigación administrativa, llevada a cabo desde el 23 de julio hasta el 24 de octubre de 2018”. Por lo tanto, “dado que no se limitó la oportunidad de los investigados para controvertir las pruebas que sustentaron la tesis de la continuidad de las conductas investigadas, así como tampoco de sus distintas manifestaciones en nuevos procesos de selección y en un periodo diferente, tampoco se incumplieron los presupuestos para la validez de las pruebas trasladadas”.

Resolución No. 48306 del 23 de septiembre de 2019

[D]ado que se cumplió con el trámite de traslado de pruebas establecido en el artículo 174 del CGP y que los investigados tuvieron la oportunidad de controvertirlas, para el Despacho es claro que las declaraciones arriba señaladas tienen pleno valor probatorio.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Situación de grupo empresarial y control competitivo

[M]ientras el control en el derecho de la competencia está regulado en el Decreto 2153 de 1992, el control en el derecho societario está regulado en la Ley 222 de 1995, en donde la competencia para declarar el primero es de esta Superintendencia y la competencia para declarar el segundo es de la Superintendencia de Sociedades.

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define el control competitivo como “La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”. De esta forma, el control que en materia de competencia puede ejercer una persona o agente del mercado sobre otra, está relacionado con la facultad de tener injerencia en la política empresarial de una sociedad, el objeto social de la misma o el manejo y disposición de los bienes o derechos para el desarrollo del objeto social de la empresa. Se reitera que este tipo de control únicamente puede ser declarado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

[E]l control en materia societaria, y que es una de las condiciones para la declaración de un grupo empresarial, está regulado por el capítulo V de la Ley 222 de 1995. Este tipo de control, a su vez, solamente puede ser declarado por la Superintendencia de Sociedades.

Así las cosas, y tal como lo ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio, las situaciones de control competitivo y societario son manifiestamente distintas.