

Radicación: 15-154605 – Caso “ASE”

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Propósitos de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio – Derecho administrativo Sancionatorio – La aplicación de los principios de tipicidad y legalidad es de distinto rigor al del derecho penal

[L]as actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política. Este precepto constitucional establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

[E]l artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer el derecho colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.

[L]a función sancionatoria adelantada por la Superintendencia:

“(…) presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

*Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia.** Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta”.*

[C]onforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a que:

“(…) la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”.

[P]ara el correcto ejercicio de sus competencias y funciones aplica el régimen general de la libre competencia, el cual, como lo ha aseverado la Corte se encuentra integrado por la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011. Adicionalmente, resulta relevante indicar que, en materia procesal, en los aspectos no regulados en las normas especiales se debe aplicar la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y en lo no regulado por éste último por lo establecido en la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso.

[L]a Superintendencia tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Luego entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta Entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: “(…) la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones:

***“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*

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición

régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener”.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio actúa como policía administrativa en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad económica en los diferentes mercados nacionales; función que se enmarca dentro del ámbito del derecho administrativo sancionatorio, en el cual los principios de legalidad y tipicidad tienen distinta entidad y rigor que en el derecho penal. Por ello la Corte ha indicado que:

“En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas.

(...)

el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, **se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada”; (ii) “las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta”; (iii) “la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.**

[R]especto del carácter flexible del principio de tipicidad como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, agregó:

“En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) “Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) “Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley”; (iii) “Que exista correlación entre la conducta y la sanción”. De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que **“las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”.**

[L]a exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.
- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.
- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia.
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- (vi) El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición**ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Colusión en procesos de contratación pública – Caducidad de la facultad Sancionatoria – mercado afectado por la conducta – Determinación de la responsabilidad individual de los infractores**

[E]n la presente actuación fue acreditado que los investigados desarrollaron y ejecutaron **de manera continuada** un acuerdo colusorio en violación de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que afectó de manera varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado entre 2015 y 2017, periodo que quedó claramente definido en la Resolución No. 30877 de 2019 (en adelante Resolución de Apertura de Investigación) que dio inicio a la presente actuación.

[E]l mercado afectado en el presente caso se encuentra determinado precisamente por el acuerdo anticompetitivo celebrado y ejecutado por parte de los sancionados, es decir que corresponde a la totalidad de los procesos de selección contractual adelantados por varias entidades públicas, durante el periodo de tiempo en el que el mencionado acuerdo tuvo su duración, esto es desde 2015 hasta 2017. De esta manera, el Despacho recuerda que tratándose de conductas de carácter continuado o de ejecución sucesiva, estas no pueden fraccionarse en hechos aislados, y que por ministerio de la ley el término de caducidad cuenta a partir del último acto de la misma.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio reitera su posición en el sentido que la conducta anticompetitiva establecida en el numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1340 de 2009 (colusión en procesos de contratación del Estado), es una conducta continuada que se perpetua en el tiempo mientras quienes participan en ella actúan de manera coordinada en un proceso contractual, con la particularidad que en el presente caso el acuerdo colusorio fue ejecutado por los sancionados durante alrededor de 3 años (2015, 2016 y 2017) y en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades estatales durante este periodo, por lo que el término de caducidad cuenta a partir del último acto, el cual corresponde al año 2017 por lo demostrado en la presente investigación.

[E]l carácter continuado de la conducta anticompetitiva reprochada, plenamente demostrado en el presente caso, en nada contradice la forma en que el Despacho evaluó la responsabilidad de los investigados, toda vez que esta fue determinada siguiendo la imputación de responsabilidad efectuada en la Resolución de Apertura de Investigación, la cual fue realizada de manera específica por los procesos en los que cada uno participó (bien a través de manifestación de interés o de la presentación de oferta) en desarrollo del acuerdo colusorio sancionado.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio – Derecho a la intimidad

[E]l Despacho encuentra pertinente recordar que en Sentencia C-165 de 2019, la Honorable Corte Constitucional reafirmó que la revisión, búsqueda y retención de documentos enmarcados en la categoría de “documentos privados” por parte de esta Superintendencia de Industria y Comercio no vulnera el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política:

“Como se expuso, las visitas de inspección son diligencias probatorias a través de las cuales las superintendencias ejercen la facultad constitucional de exigir la presentación de “documentos privados” o “documentos del comerciante” contenida en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución. Por lo tanto, la revisión, búsqueda y retención de aquellos documentos que se enmarquen en la categoría de “documentos privados” por parte de las superintendencias no vulnera ni interfiere con el derecho a la intimidad de las investigadas y por tanto no puede catalogarse como un registro o interceptación de comunicaciones privadas sometidos a reserva judicial. Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos institucionales, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una interceptación o registro en los términos del inciso 3º del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ello, harían parte de la categoría de “documentos privados” a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4º del artículo 15 de la Constitución”.

[L]a información recaudada en las visitas realizadas se obtuvo con autorización expresa del investigado y, según se desprende de la lectura del acta de visita administrativa, frente a la información electrónica recaudada se cumplió con el procedimiento forense que garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información, así como el anclaje de la cadena de custodia.

[D]e conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999, esta Superintendencia en desarrollo de las visitas administrativas adelantadas en el marco de la averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la competencia garantiza: (i) la confiabilidad en la forma en que se ha conservado la integridad de la información electrónica recaudada, identificando plenamente su iniciador, así como cualquier otro factor pertinente en la

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición

cadena de custodia y, (ii) la confiabilidad en la forma en la que se haya generado o archivado la información electrónica.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria – Prueba indiciaria

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación **en conjunto de las pruebas**, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Esto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser **apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)”.

[E]l sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.**”*

[L]a apreciación en conjunto del material probatorio no implica necesariamente que los hechos que interesan a la actuación administrativa se encuentren demostrados únicamente a través de indicios, que en cualquier caso es un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de conductas anticompetitivas. En tal medida, una cuestión es la valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, otra distinta, que aunque guarda ciertos rasgos coincidentes, la estructuración del medio probatorio denominado como indicios.

[L]os indicios resultan un medio de prueba absolutamente útil para la formación del convencimiento, en este caso, de la autoridad administrativa con el propósito de determinar la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia económica.

[S]egún el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, **los indicios**, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Particularmente, esta Superintendencia en otras ocasiones ha reconocido que los indicios son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas. Al respecto ha sostenido que:

“[L]os indicios no solo son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas y otros hechos en el derecho colombiano, sino que además son el medio probatorio más idóneo en el derecho de la competencia. Las prácticas restrictivas de la competencia, como la presente, pueden ser probadas y de hecho son probadas por medio de indicios que lleven al absoluto convencimiento de que la conducta existió.”

[D]esde el punto de vista legal y jurisprudencial, es indiscutible que los indicios representan un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia económica.

[E]l artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, en relación con la apreciación de las pruebas, lejos de establecer un sistema de tarifa legal o prueba tasada, en que la ley establece específicamente el valor de las pruebas, dando mayor eficacia a unas sobre otras (e.g. indicios), contempló un sistema de sana

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición

crítica o persuasión racional, en el cual el operador jurídico debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

[S]i bien es cierto que existe la posibilidad de que la interpretación de un hecho pueda abrirse a varias hipótesis o interpretaciones, es necesaria e imprescindible la comparación recíproca de los distintos medios de prueba, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. Entonces, en la aplicación del principio in dubio pro reo, deben existir dudas, debidamente acreditadas con medios de prueba, que tengan entidad y suficiencia como para crear una verdadera incertidumbre y no meras especulaciones o simples suposiciones que confrontadas con otras pruebas no afloren ningún grado de persuasión del trazado fáctico que interesa a la actuación administrativa.

[E]l Despacho reitera que en el presente caso encontró elementos probatorios que, valorados en su conjunto e integridad, demostraron la existencia de un acuerdo anticompetitivo realizado por los investigados en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades públicas en los que participaron.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – Conducta por objeto – efectos anticompetitivos y competitivos de la conducta – No se exige que el infractor tenga la calidad de proponente

[L]as afirmaciones de los recurrentes dirigidas a afirmar que en el presente caso no fue demostrada la idoneidad de la conducta reprochada para afectar la libre competencia, carecen de sustento toda vez que, tal y como fue señalado en la Resolución Sancionatoria, los elementos probatorios obrantes en el Expediente demostraron la existencia de un acuerdo anticompetitivo desarrollado por los investigados y cuya finalidad era la participación coordinada entre competidores en distintos procesos de selección contractual adelantados por diferentes entidades del Estado, en desconocimiento de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública).

Este acuerdo, de conformidad con lo demostrado en la presente actuación, fue realizado de forma coordinada a través de las siguientes actividades: (i) análisis colaborativo de los pliegos de condiciones y la determinación de las empresas que presentarían una manifestación de interés de forma conjunta; (ii) coordinación en la presentación de ofertas; (iii) coordinación en la obtención de pólizas de seriedad para las ofertas de los competidores; y (iv) subsanación coordinada de requisitos habilitantes de los competidores.

Estas prácticas evidenciaron una conducta restrictiva de la competencia, que tuvo el potencial de afectar alrededor de 70 procesos de selección contractual, que involucraron al menos 37 entidades estatales, en la medida en que dicha coordinación: (i) vulneró el principio de selección objetiva, por cuanto no se mantuvo la independencia correspondiente entre los competidores; (ii) desdibujó artificialmente la igualdad de oportunidades, en tanto los investigados participaron de manera coordinada en los procesos de selección contractual; y (iii) vulneró el principio de transparencia, comoquiera que los competidores que se presentaron como independientes en realidad no lo eran.

De acuerdo con lo anterior, no resultan de recibo por parte del Despacho los argumentos referidos a la falta de idoneidad de la conducta reprochada para afectar la libre competencia, por cuanto esta se encuentra plenamente demostrada.

[T]ampoco resulta de aceptación la afirmación de los recurrentes al señalar que las manifestaciones de interés no los convertían en proponentes dentro de los procesos de selección y que, por tanto, no hubo afectación a la libre competencia. Sobre este punto, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la conducta contraria a la libre competencia definida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) no se encuentra limitada a un sujeto activo denominado “proponente”.

*[L]a citada norma no puede leerse de manera aislada al resto de la normatividad que conforma el régimen de protección de la competencia. Así, se puede apreciar cómo de conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permiten colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades —concertación de voluntades— que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, en la cual a partir de una interpretación armónica con lo dispuesto en el artículo 46 *Ibidem*, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, puede intervenir “(...) todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.*

[N]o puede desconocerse que en varios de los procesos objeto de reproche en la presente actuación y frente a los cuales los recurrentes señalan que no presentaron propuesta, la manifestación de interés era un requisito para la presentación de la oferta so pena de rechazo. Incluso, que en varios de los procesos, la manifestación

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición

de interés era requisito para participar en el sorteo para determinar quiénes podrían presentar su oferta o propuesta. Tampoco puede desconocerse que en ocasiones presentaron propuestas aparentemente individuales simulando ser competidores.

[L]a conducta de los investigados sea como “interesados”, “potenciales proponentes” o incluso “proponentes”, al ser vista desde la óptica del régimen de protección de la competencia evidencia que estos pueden afectar el desarrollo del proceso de selección, resultando evidente que la conducta por ellos desplegada, es decir la coordinación entre competidores para participar en procesos de selección, tuvo la potencialidad, capacidad, idoneidad, aptitud y suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado al desplegar un acuerdo anticompetitivo, desde 2015 hasta 2017, en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades públicas en los que participaron.

[E]n cuanto a las observaciones de los recurrentes tendientes a afirmar que el esquema anticompetitivo reprochado tuvo como finalidad la generación de efectos positivos o pro-competitivos, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que al ser las colusiones en procesos de contratación estatal reprochables “**por objeto**”, ello 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.

[L]a idoneidad de la afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en los procesos de contratación pública 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.

[A]l estar demostrada en el presente caso una conducta anticompetitiva violatoria del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación del Estado) en la modalidad “**por objeto**”, por cuanto los investigados desarrollaron un acuerdo que tuvo por finalidad coordinar su participación en distintos procesos de selección contractual del Estado, resulta innecesario entrar a valorar o verificar los supuestos efectos positivos a los aluden los recurrentes.

[L]as buenas o malas intenciones de los agentes de mercado investigados no tienen relevancia al momento de establecer responsabilidad administrativa en las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia, lo cual se encuentra en línea con lo reconocido por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de enero de 2010, al manifestarse sobre el carácter de las conductas “por objeto” establecidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

“Visto lo anterior, observa la Sala que la parte demandante incurre en error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situaciones no es objetiva, sino subjetiva, bajo el entendido de que no basta sólo con la existencia del acuerdo.

Cierto es, como lo dicen los demandantes, que **no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.**

Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios – sea cual sea su naturaleza – es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Es por ello, que **no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio** – y que dicho sea de paso, no demostró –, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios.

(...)

Lo dicho además **descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva**, como quiera que **se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por «objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios».**”

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición

[E]n Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos en la medida en que para su configuración no interesa la intención que tuvieron los infractores al cometer la conducta, al menos en los casos de acuerdos entre competidores previstos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 como lo es el acuerdo objeto de la presente actuación.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio ha insistido en varias de sus decisiones que no es necesaria la determinación del factor subjetivo para atribuir la responsabilidad de una práctica comercial restrictiva de la competencia, por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida. Así, ha considerado que “no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto. Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)”.

El anterior entendimiento resulta corroborado por lo señalado por el Consejo de Estado al considerar que:

“Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y **no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas**” (Subraya y negrilla fuera de texto).

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

“(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que **en materia del régimen administrativo sancionador**, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, **pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes** (...)”.

[E]sta posición se encuentra alineada con la jurisprudencia y doctrina internacional sobre la materia, en especial la desarrollada por los tribunales europeos. Se encuentra, por ejemplo, lo señalado por la Comisión de Competencia de España (ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) al indicar:

“(...) se dice que un acuerdo tiene el objeto de restringir la competencia cuando, por su propia naturaleza y las circunstancias en que se adopta, objetivamente es capaz de producir un efecto restrictivo de la competencia. El carácter objetivo de un acuerdo restrictivo, por tanto, es independiente de las motivaciones subjetivas de las partes en el momento de adoptarlo”.

En similar sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló:

“[a]un cuando se demuestre que las partes de un acuerdo actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, sino con el propósito de remediar los efectos de una crisis sectorial, tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición. En efecto, puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia, sino que persiga también otros objetivos legítimos. (...) A este respecto, aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, sino con el propósito de remediar los efectos de una crisis sectorial, tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición”.

[E]n el presente caso fueron encontrados elementos probatorios que demostraron la existencia de un acuerdo anticompetitivo realizado por los investigados en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado, en desconocimiento de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y cuya finalidad era la de presentarse de manera coordinada en distintos procesos de selección contractual adelantados por varias entidades del Estado.

[L]os argumentos de los recurrentes relacionados con una supuesta ausencia de efectos anticompetitivos, así como la existencia finalidades encaminadas a producir efectos positivos o pro-competitivos de la conducta reprochada no resultan de recibo por parte del Despacho.

Resolución No. 56158 del 31 de agosto de 2021. Recurso de reposición**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública
– Significatividad de la conducta**

[E]l régimen legal de protección de la libre competencia, concretamente el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, ordena que las investigaciones administrativas por la violación de las normas de competencia deben adelantarse respecto de hechos que sean significativos para alcanzar, en particular, los siguientes objetivos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

[E]l criterio de significatividad está encaminado a que la Entidad concentre los esfuerzos y recursos (humanos, técnicos y financieros) en aquellos casos significativos para alcanzar los objetivos del régimen de protección de la competencia. Contrario sensu, y por regla general, aquellas conductas que restrinjan la competencia, pero no de forma significativa, quedarían por fuera de la órbita de las actuaciones administrativas de esta Superintendencia. En otras palabras, el juicio de significatividad debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la acción administrativa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá superarse al momento de decidir si se inicia o no una investigación administrativa.

[A]un cuando la legislación colombiana no define explícitamente qué reglas deben seguirse para decidir si una conducta es significativa o no, o establece umbrales de cuotas de mercado, ni criterios cualitativos, ni de otro tipo para la aplicación de las normas de competencia, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar, atendiendo las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar de cada caso concreto, si los hechos son de tal entidad que ameriten iniciar una actuación administrativa, valorando la gravedad de las distorsiones de la competencia o del bienestar de los consumidores, la eficiencia del mercado en que se hayan denunciado o el mensaje de política pública que quiera enviarse.

[D]e la lectura de la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura para la Protección de la Competencia realizó el análisis correspondiente y esgrimió los argumentos por los cuales consideró que la conducta debía ser investigada, superando a su juicio el criterio de significatividad en los términos anteriormente explicados. Por esta razón, no se encuentra mérito en los argumentos de los recurrentes respecto a no haberse demostrado la significatividad de la conducta sancionada, pues dicho requisito fue surtido, como lo exige la ley, al momento de iniciar la investigación, basado en los múltiples argumentos expuestos en la Resolución de Apertura de Investigación.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública - Responsabilidad de las personas facilitadoras de la conducta

[E]n materia de decisiones sobre prácticas restrictivas de la competencia para que se declare la responsabilidad de una persona natural en los términos del artículo 16 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 se cometiera la infracción principal.*
- 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.*

[E]sta Superintendencia ha considerado que para vincular y sancionar a una persona por estar involucrada con una conducta anticompetitiva, resulta necesario encontrar dentro de la actuación administrativa pruebas que den cuenta de su conducta activa o pasiva.

[E]l Despacho reitera que la imputación efectuada a las personas naturales investigadas fue por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas restrictivas de la libre competencia económica imputada a los presuntos infractores, con base en las pruebas encontradas en ese momento de la actuación y en cumplimiento de lo exigido por la Ley.

[E]l Despacho señala que en el Expediente fueron encontrados suficientes elementos probatorios que demuestran la responsabilidad de las personas naturales sancionadas en relación con el esquema anticompetitivo sancionado, tal como fue determinado en el capítulo correspondiente a la responsabilidad de las personas naturales de la Resolución Sancionatoria.