



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 1 3 4 4 DE 2024

(3 0 ABR 2024)

Radicado No. 18-274572

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en el numeral 9 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 72167 del 11 de noviembre de 2023 (en adelante “Resolución No. 72167 de 2023” o “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Entidad (en adelante la “Delegatura”) abrió investigación y formuló pliego de cargos contra la **ELECTRIFICADORA DEL HUILA** (en adelante “**ELECTROHUILA**”), por presuntamente violar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al incurrir en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en el desarrollo de varios de los procesos de contratación que adelantó entre los años 2019 a 2023.

De acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación, **ELECTROHUILA** habría incurrido en una una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica al establecer en varios de los procesos de selección adelantados de 2019 a 2023 las cuales habrían restringido desproporcional e injustificadamente la participación de oferentes.

SEGUNDO: Que, según lo señalado en la Resolución de Apertura de Investigación, **ELECTROHUILA**, en su calidad de empresa prestadora de servicios públicos (ESP), habría aprovechado que su régimen de contratación no se encuentra sujeto a lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino al régimen privado, para determinar reglas en las convocatorias públicas que podrían atentar contra la libre competencia económica. En particular, habría ejecutado una práctica tendiente a limitar la libre competencia al establecer lo siguiente: (i) que los interesados en una convocatoria pública debían pagar un precio por el derecho a participar y (ii) que las ofertas presentadas por figuras plurales, como consorcios o uniones temporales, serían rechazadas.

TERCERO: Que mediante comunicación radicada con el No. 20-419818 del 26 de diciembre de 2023, **ELECTROHUILA** a través de apoderado judicial presentó un ofrecimiento de garantías con el propósito de que se ordene la terminación anticipada de la investigación administrativa iniciada en su contra mediante la Resolución No. 72167 de 2023, por posibles violaciones al régimen de libre competencia económica. El ofrecimiento de garantías comprende los siguientes compromisos:

(i) **Frente al “Cobro por el derecho a participar en los procesos de selección adelantados por ELECTROHUILA”.**

- *“Modificación del artículo Décimo Quinto del Manual de Contratación de ELECTROHUILA, mediante la supresión del inciso que permite el cobro del derecho a participar en el proceso de selección de contratista en la modalidad “INVITACIÓN PÚBLICA”.*
- *Dejar sin efecto el documento de gerencia No. 014 del 12 de enero de 2021.*
- *No incluir en los procesos de selección de contratistas el cobro del derecho a participar”*

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

De acuerdo con el ofrecimiento esta garantía implicaría las siguientes actividades:

- *“Convocatoria al respectivo comité de la Junta Directiva para socializar el proyecto de aprobación de la modificación del manual de contratación, con el alcance de la garantía que apruebe la SIC.*
- *Convocatoria a reunión de la Junta Directiva para que debata y apruebe la modificación al manual de contratación.*
- *Expedición y demás formalidades del acuerdo de la Junta Directiva por el cual se aprueba la modificación del manual de contratación.*
- *Remitir por el término de un año contado a partir de la Aprobación de esta garantía por la SIC, la totalidad de los términos de referencia -con la indicación de la ubicación electrónica- y demás documentos que requiera la SIC, de las invitaciones públicas que se promuevan durante dicho lapso de tiempo, que evidencie el restablecimiento de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con la conducta investigada y que se ha eliminado la restricción”*

(ii) Frente al “Rechazo de las ofertas presentadas por figuras plurales (Consortios y Uniones Temporales)”

- *“No incluir en los términos de condiciones de las invitaciones públicas a contratar, como causa de rechazo, la presentación de ofertar por parte consortios y uniones temporales.*
- *Remitir a la SIC los términos de las invitaciones públicas a contratar y el documento de evaluación de ofertas que acrediten el restablecimiento de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con la conducta investigada y que se ha eliminado la restricción. Esta actividad se hará por el término de un año contado a partir de la aprobación de la garantía”.*

De acuerdo con el ofrecimiento esta garantía implicaría las siguientes actividades:

- *“La Gerencia General de ELECTROHUILA impartirá instrucciones expresas al área de contratación de ELECTROHUILA, para que no incluya en los términos de las invitaciones públicas a contratar como causal de rechazo: las ofertas presentadas por Consortios y Uniones Temporales.*
- *La remisión de informes y/o copia de los términos de las invitaciones públicas.*
- *Redacción y emisión del documento de gerencia en el que se imparten las instrucciones de no inclusión como causa de rechazo la presentación de ofertas por Consortios y Uniones Temporales. • Los informes o reportes a la SIC, se harán en forma trimestral por un año contado a partir de la aprobación de las garantías”.*

CUARTO: Que, para efectos de resolver el ofrecimiento de garantías de la referencia, este Despacho tendrá en cuenta las consideraciones que se exponen a continuación:

4.1. Consideraciones preliminares

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la competencia facultativa para ordenar la clausura de la investigación administrativa en curso, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. Esta disposición señala lo siguiente:

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

(...)

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1. *Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías,*

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados” (subraya fuera de texto original).

A su vez, el numeral 7 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, reitera que:

“La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

7. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga”.

En virtud de lo expuesto, al ser la aceptación de las garantías una decisión discrecional exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio, estas solo proceden cuando, a su juicio, el presunto infractor realice ofrecimientos de garantías que se aprecien como “suficientes” para garantizar la efectiva suspensión o modificación de la conducta investigada. Es decir, corresponde valorar si las garantías son aptas o no para alcanzar los fines dispuestos en la norma. Así, con fundamento en el respectivo análisis de la conducta reprochada en el curso de la investigación y el ofrecimiento de garantías suficientes para su suspensión o modificación, podrá decidir si las acepta o rechaza para determinar la procedencia de la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

En principio, cualquier conducta restrictiva de la competencia que se encuentre en investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio es susceptible de terminar anticipadamente por un ofrecimiento de garantías. Es de anotar que el estudio de un ofrecimiento de garantías a efectos de determinar su aceptación o rechazo se realiza (i) analizando y verificando que el ofrecimiento verse sobre el componente fáctico y jurídico imputado al investigado en la Resolución de Apertura de Investigación concerniente, así como, (ii) verificando el grado de suficiencia de las garantías ofrecidas para suspender o modificar la conducta.

En esa medida, esta Superintendencia ha identificado una serie de criterios cumulativos que sirven de guía o parámetro orientador para determinar cuándo una garantía ofrecida es suficiente para suspender o modificar la conducta investigada. Dichos criterios contribuyen en el análisis del ofrecimiento de garantías presentado en concreto por un investigado para verificar si estas son suficientes para contrarrestar los efectos generados con la posible realización de la conducta anticompetitiva que se encuentra en investigación. Son cuatro (4) los criterios particulares que han sido desarrollados por esta Superintendencia.

4.2. Criterios particulares o de pertinencia

Los criterios particulares o de pertinencia están encaminados a evaluar el esquema de garantías propiamente dicho y determinar si los ofrecimientos que componen las garantías son o no suficientes para contrarrestar los posibles efectos negativos de la conducta anticompetitiva objeto de investigación administrativa. Como lo ha resaltado la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante “OCDE”), las violaciones al régimen de libre competencia económica implican la existencia de un comportamiento ilegítimo y la generación de un efecto negativo en el mercado. En este sentido, las garantías que busquen la terminación anticipada de una actuación administrativa deben buscar la suspensión de la conducta, pero, a la vez, el restablecimiento de las condiciones competitivas en el mercado¹.

¹ OCDE. “Remedies and commitments in abuse cases”. OECD Competition Policy Roundtable Background Notes. 2022. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/remedies-and-commitments-in-abuse-cases-2022.pdf>.

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

Los criterios, que sirven de guía para determinar cuándo una garantía ofrecida es suficiente o no para suspender o modificar la conducta investigada, son los siguientes:

(i) Las garantías no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley

Las garantías que se limiten a garantizar la observancia de las disposiciones legales en materia de protección de la competencia por parte de los investigados no son suficientes para suspender o modificar las conductas por las que se les investiga. El cumplimiento de las disposiciones legales es una conducta que deben desplegar los investigados por el simple hecho de ser un agente del mercado. El régimen de protección de la libre competencia económica aplica a todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente del sector o actividad económica en que participe. En este sentido, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 dispone lo siguiente:

“Artículo 2. (...) Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico” (subraya fuera de texto original).

De conformidad con la norma transcrita, es claro que cualquier agente del mercado, entendido como aquel que desarrolla una actividad económica o afecta o pueda afectar ese desarrollo, está obligado a cumplir todas las disposiciones legales en materia de protección de la competencia económica. Así, la obligación de los investigados de cumplir con el régimen de protección de la competencia emana de la misma ley y no de un compromiso que adquieren mediante unas garantías aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. En este orden de ideas, garantías de esta naturaleza constituyen en realidad un compromiso de cumplir con un régimen legal al que ya están obligados a cumplir por virtud de la misma Ley.

Por las anteriores consideraciones, las garantías que constituyen compromisos de cumplir con el régimen de protección de la competencia son inocuas para garantizar la suspensión o modificación de la conducta investigada.

(ii) Las garantías deben ser efectivas para suspender o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la apertura de investigación

Entre las garantías que ofrezcan los intervinientes es indispensable, pero no suficiente, que estos adquieran compromisos que le permitan a la Superintendencia de Industria y Comercio asegurarse de que suspenderán o modificarán las conductas identificadas como presuntamente anticompetitivas, en términos consistentes con el régimen de protección de la competencia.

(iii) Las garantías deben ser preferiblemente estructurales

Esta Superintendencia considera que las garantías de carácter estructural podrían ser suficientes para suspender o modificar una conducta presuntamente anticompetitiva, en la medida en que eliminen o reduzcan sustancialmente, y de manera permanente, los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas. En este sentido, las garantías estructurales están encaminadas a generar efectos pro-competitivos en el mercado que no se generarían con una sanción producto de una investigación por violación al régimen de competencia.

Así, ejemplos de garantías estructurales frente al mercado son la desinversión de activos de una empresa integrada verticalmente en el mercado afectado por las conductas investigadas o la eliminación de cláusulas de exclusividad en contratos con proveedores o clientes bajo determinadas condiciones de mercado. No obstante, las garantías propuestas deberán analizarse de acuerdo con la conducta investigada y las particularidades de cada mercado para determinar su condición de estructurales.

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

Ahora bien, no puede perderse de vista que las garantías que comprenden compromisos de observar un comportamiento determinado, pero no eliminan ni reducen los incentivos económicos para realizar conductas anticompetitivas, no constituyen garantías estructurales. Es de anotar, adicionalmente, que los compromisos comportamentales generan para la Autoridad de Competencia un costo de vigilancia, representado en capital humano, administrativo y financiero necesario para el respectivo seguimiento, mientras que en tratándose de ofrecimientos estructurales, una vez es materializado, los costos asociados a su vigilancia tienden a ser inexistentes.

(iv) La aceptación de las garantías debe ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia

Las garantías ofrecidas deben atender los propósitos del derecho de la competencia, entre otros, garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. En esa medida, en cada caso en concreto, se deberá evaluar si las garantías ofrecidas y la terminación anticipada de la investigación se adecúan a los fines que persiguen las normas sobre protección de la competencia. Lo anterior, implica, entre otros aspectos, que la Superintendencia de Industria y Comercio deberá valorar, en cada caso, si la aceptación de garantías y la terminación anticipada de la investigación mantienen el efecto disuasivo de las sanciones por violación del régimen de protección de la libre competencia económica. En este sentido, también corresponde analizar si las garantías ofrecidas tienen la capacidad de eliminar los efectos de la conducta investigada, situación que dependerá si el comportamiento investigado se ha consumado o no.

4.3. Garantías ofrecidas en el caso concreto

A continuación, este Despacho procederá a analizar los compromisos ofrecidos, con miras a determinar si constituyen garantía suficiente para ordenar la terminación anticipada de la investigación.

A través del ofrecimiento de garantías, la investigada se comprometió, principalmente a: (i) Modificar su Manual de Contratación suprimiendo la disposición que permite el cobro del derecho a participar en el proceso de selección de contratista en la modalidad “Invitación Pública” y en consonancia con ello a dejar sin efectos el documento de gerencia No. 14 de 12 de enero de 2021 y a no incluir en los procesos de selección el cobro del derecho a participar y (ii) a no incluir en los términos de condiciones de las invitaciones públicas a contratar, como causa de rechazo, la presentación de ofertas por parte de consorcios y uniones temporales y enviar los términos de las invitaciones públicas a contratar y la evaluación de la propuestas para acreditar el restablecimiento de las condiciones de competencia.

Al respecto, este Despacho advierte que los compromisos mencionados no resultan suficientes para dar por terminada la investigación administrativa adelantada en contra de **ELECTROHUILA** por la posible violación del régimen de libre competencia económica. Lo anterior, por las razones que pasan a exponerse a continuación.

Por un lado, los compromisos consistentes en Modificar el Manual de Contratación suprimiendo la disposición que permite el cobro del derecho a participar en el proceso de selección de contratistas en la modalidad “Invitación Pública” y en consonancia con ello a dejar sin efectos el documento de gerencia No. 14 de 12 de enero de 2021 y a no incluir en los procesos de selección el cobro del derecho a participar, corresponden, en realidad, a compromisos encaminados a cumplir la ley. En efecto, en el ejercicio de su actividad económica, le atañe a **ELECTROHUILA** el deber de dar aplicación efectiva a las normas de libre competencia en todos los procesos de selección que adelante, esto es, a garantizar la libre participación de los oferentes, a no crear barreras de acceso ni restricciones de ninguna naturaleza, a promover la competencia en estos procesos de manera que la selección tenga fundamento en criterios de orden objetivo. Así pues, dado que lo ofertado no es más que un compromiso encaminado al mero cumplimiento de la ley que no resulta suficiente.

Las garantías ofrecidas tampoco se ajustan a los fines o propósitos del derecho de la competencia, esto es, no incentivan y generan un plus en la protección la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Eliminar del Manual de Contratación la disposición que permite el cobro por el derecho a participar en el proceso de selección, al tiempo que

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

eliminar en los términos de condiciones el cobro del derecho a participar y la causal de rechazo cuando quiera que las ofertas son presentadas por consorcios u uniones temporales, no generan por sí solas una mayor participación de empresas en el mercado, no genera bienestar a los consumidores y mucho menos contribuye a una mayor eficiencia económica.

En otros términos, en el caso concreto, los fines del derecho de la competencia no se ven satisfechos con la aceptación de garantías propuestas y mucho menos se mantiene el efecto disuasorio, en tanto lo ofrecido como garantía es lo que la empresa está obligada a hacer y en esta medida de esa forma ha debido comportarse en todo momento.

Por otra parte, estos ofrecimientos no pueden considerarse estructurales frente al mercado, habida cuenta que no generan un aumento en los niveles competitivos, ni derivan en el fomento de eficiencias o efectos positivos desde el punto de vista del régimen de la libre competencia económica, por lo cual no resultarían ser suficientes por no afectar de manera positiva la estructura del mercado.

Es importante resaltar que, en el presente caso, la conducta por la cual se investiga a **ELECTROHUILA** es la aparente participación de dicha persona jurídica en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en los procesos de selección que ella misma adelantó durante los años 2019 a 2023.

Lo anterior resulta relevante, en la medida que esta Superintendencia tratándose de procesos de selección ha señalado que, a diferencia de lo que ocurre respecto de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en estos casos, el mercado afectado es precisamente el proceso de selección en sí mismo. Esta situación implica el surgimiento de un mercado que se caracteriza al menos por satisfacer dos condiciones: (i) el temporal, debido a que estos procesos son creados por la entidad estatal para satisfacer una necesidad en un momento específico; y (ii) el excluyente, por cuanto *“una vez definido no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo”*². Esto sin perjuicio, que han existido casos en los que esta Superintendencia ha encontrado un acuerdo entre distintos agentes de mercado con el objeto de distorsionar las condiciones de competencia en distintos procesos de selección, considerándose la existencia de una conducta prolongada y continuada que no concluye en cada proceso de selección.

De esta manera, el análisis de suficiencia de las garantías propuestas en el contexto de los procesos de selección adelantados por la investigada se torna más riguroso, pues en el presente asunto cada proceso de selección seguido por **ELECTROHUILA** afecta precisamente las necesidades que pretendían ser atendidas con la invitación correspondiente. En este contexto específico, tal como se expuso, las garantías propuestas no resultan suficientes.

Por último, sin que esto implique un pronunciamiento sobre las conductas investigadas, para este Despacho se observa que las garantías ofrecidas no se encuentran dirigidas a remover los efectos de las conductas por las cuales se investiga y mucho menos tendrían como efecto eliminar el impacto negativo que habrían generado los comportamientos estudiados.

Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, para este Despacho no resulta procedente aceptar el ofrecimiento de garantías efectuado por **ELECTROHUILA** al no ser suficiente para ordenar el archivo de la investigación.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. RECHAZAR el ofrecimiento de garantías presentado por **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.**, dentro del trámite de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

² Resolución SIC. No. 73079 de 2019.

"Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías"

ARTÍCULO 2. Contra la presente decisión no procede ningún recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO 3. COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT. 891.180.001-1.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los (3 0 ABR 2024)

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,



CIELO ELAINNE RUSINQUE URREGO

Proyectó: I.S.O.B. *ISOB*
Revisó: D.A.S.O. *DA*
Aprobó: F.M.M. *FM*

Comunicar:

ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.
NIT. 891.180.001-1
Apoderado
ANDRÉS PEÑA PEÑA
Cédula de Ciudadanía No. 7.695.322
Tarjeta Profesional No. 113.444 del Consejo Superior de la Judicatura
jurisdissistem@gmail.com
Calle 8 No. 35-16 Altos de Manzanillo Apto 402
Neiva, Huila