

Radicación: 17-14777– Caso “RUTA DEL SOL II”

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

PROHIBICIÓN GENERAL – Conductas que la configuran – No es de carácter residual

El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

“Artículo 1. 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. (...)” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Esta Superintendencia y la propia Corte Constitucional 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.

[E]l artículo 1° de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica, procedimiento o sistema que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

[L]a prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que incluso no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

[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 contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).

[E]sta Superintendencia ha considerado que “(...) en los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, no solo existe la posibilidad de que se configure el acuerdo restrictivo de la competencia proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que también es posible la adecuación normativa de conductas enmarcadas en la segunda caracterización de la prohibición general como son las “prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.

*[D]e 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 que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, en el 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, podría también intervenir “(...) todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.*

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – Conductas por objeto y por efecto

[E]l numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala:

“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. (...).”

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

La normatividad referida describe dos tipos de conductas anticompetitivas. En primer lugar, considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que “tenga por objeto” la colusión en las licitaciones o concursos. En segundo lugar, se considera contrario a la libre competencia, aquel acuerdo que tenga por efecto: **(i)** la distribución de adjudicaciones de contratos; **(ii)** distribución de concursos o **(iii)** la fijación de términos de las propuestas.

Se entiende “por objeto” la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado. Por su parte, la conducta por efecto, es aquella que permite verificar el resultado lesivo sobre la libre competencia en el mercado con independencia de la intención inicial de los agentes.

LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA COMO DERECHO COLECTIVO – Finalidades de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

[L]a libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redunda en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores, o productores que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente de mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

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

[E]s función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la competencia y la transparencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales. En efecto, una adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permite el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección y, con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública y corrupción – Sobornos como mecanismos de manipulación en los procesos de contratación del Estado

[R]esulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia que dos (2) o más personas, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, realicen un acuerdo que tenga como propósito modificar artificialmente los resultados de una adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia en otras oportunidades ha señalado que:

“Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado “Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia”. En este reporte la Organización dejó ver que **la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado**. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.

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

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

[L]a naturaleza de las normas sobre protección a la competencia tienen como finalidad la protección de bienes jurídicamente tutelados de gran relevancia, debiéndose reiterar, tal y como lo ha expuesto esta Entidad en diferentes oportunidades, que la colusión en los procesos de selección con el Estado representa diversos efectos negativos, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al limitarles la competencia y la participación en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Del mismo modo, esta Superintendencia ha manifestado, a través de su Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones, lo siguiente:

“La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. (...)”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[L]a OCDE ha señalado que las prácticas colusorias pueden desalentar la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo. Por ello, asegurar y restablecer el funcionamiento de los mercados en condiciones de libre competencia, redundando en beneficio de todos los empresarios que actúan en el mercado, de los consumidores, de la eficiencia económica en general y del Estado como comprador o adquirente de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades públicas.

Teniendo en cuenta que los recursos con los cuales se financian los contratos adjudicados por el Estado son de carácter público, las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección son particularmente graves (mucho más graves), pues se presentan sobrecostos y pérdidas irrecuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar, lo cual a su vez representa lesiones importantes en términos de bienestar social, desarrollo y eficiencia económica.

En ese sentido, la OCDE ha distinguido entre colusión y corrupción como formas a través de las cuales las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva en los procesos de contratación pública.

“La envergadura de las licitaciones públicas puede generar una fuerte competencia, pero las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva mediante la colusión y el cohecho.

- **La colusión es una relación horizontal entre licitadores que restringe la competencia y, en la contratación pública, perjudica al adquirente público.** En la colusión en un procedimiento de licitación, el precio pagado por la administración pública por los bienes o servicios se incrementa de forma artificial. En situaciones normales, en un proceso de contratación, los licitadores independientes compiten unos contra otros para alzarse con el contrato, y es precisamente ese mecanismo el que permite obtener la mejor rentabilidad.

- **La corrupción implica una relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación.** Se trata ante todo de un problema entre representado y agente, ya que el agente (el funcionario contratante) se enriquece a expensas de su representado, es decir, el adquirente público (o, de forma general, los ciudadanos). **En una contratación, la corrupción surge cuando el agente del adquirente encargado de la contratación se ve influenciado para diseñar el proceso de contratación o alterar su resultado con el fin de beneficiar a una empresa en particular a cambio de sobornos u otras recompensas.** La corrupción socava el crecimiento e impide el desarrollo a largo plazo, crea inestabilidad política y exacerba las desigualdades.” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[L]a colusión entre oferentes no es el único problema en la contratación pública. Para la OCDE, otros problemas están relacionados con “(...) funcionarios públicos de las contrataciones deshonestos o corruptos”. Lamentablemente en algunos casos el incremento de los costos en un proceso licitatorio como consecuencia de la colusión también se debe a que los perpetradores de un acuerdo anticompetitivo pagan sobornos a funcionarios públicos corruptos. Al respecto, la OCDE ha considerado que:

“Los participantes de los cárteles suelen estar bien organizados, tienen muchos recursos y tienden a actuar en secreto. Ningún país es inmune a estas prácticas ilegales. A veces, parte del incremento de

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

los costos los usan las compañías participantes para pagar a funcionarios públicos corruptos (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[L]a OCDE ha señalado que los sobornos pueden hacerse para obtener cualquier tipo de ventajas, entre ellas, pueden ser usados para influenciar el diseño y las decisiones del proceso licitatorio.

“Para ganar un contrato estatal, las partes pueden tener diferentes necesidades. **Los pagos de sobornos pueden hacerse para obtener ventajas debidas o indebidas**, dependiendo del sector y del mercado en el que opere la parte como el proceso de contratación.

Las partes pueden estar interesadas en establecer y mantener relaciones de largo plazo con el agente sobornado para asegurar futuras inversiones de la parte beneficiaria.

Más obviamente, una parte da o promete dar un soborno a cambio de un contrato. Sin embargo, si una parte opera en un mercado complejo donde la preparación es larga –como el de la construcción, infraestructura pesada o sectores armados– los sobornos pueden ser prometidos o pagados en diferentes etapas. Por ejemplo, pueden ser usados para influenciar el proceso de licitación e influenciar el diseño y las decisiones del proceso licitatorio. Los sobornos también pueden ser prometidos o pagados a cambio de información. Por ejemplo, información de las especificaciones del proceso de contratación, los productos o los precios ofertados por los competidores, los cuales tienen un alto precio y ciertas industrias y sectores han desarrollado redes de comunicación bien remuneradas” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

[A]lgunas empresas, renunciando a un proceso competitivo, ofrecen sobornos para asegurar la adjudicación de contratos. Al respecto, la OCDE sostiene:

“La colusión y la corrupción afectan la eficaz adjudicación de contratos públicos. Por definición, estas prácticas tienen por objeto una adjudicación de contratos que debería haberse obtenido a través de un proceso competitivo. La colusión implica que los contratos públicos se adjudican a la empresa elegida por un cártel; la corrupción, por su parte, conlleva la adjudicación del contrato a la empresa que ha ofrecido un soborno. Por lo tanto, aunque la lucha contra la colusión y la lucha contra la corrupción plantean desafíos diferentes en materia de políticas, suelen ser muy complementarias. Se da ese caso, por ejemplo, cuando un funcionario de contratación es remunerado para organizar, aplicar y supervisar un acuerdo colusorio en un procedimiento de licitación.” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Igualmente, la doctrina especializada reconoce el pago de sobornos como uno de los mecanismos por los cuales se manipulan los procesos de contratación pública.

“Los métodos empleados por grupos criminales organizados –Las prácticas utilizadas para manipular los procesos para la ejecución de contratos públicos son variados:

(...)

El segundo es la corrupción. **La corrupción es usada en la contratación pública para obtener la adjudicación de contratos en cada tipo de proceso licitatorio** (desde los procesos cerrados hasta el dialogo competitivo) y en cada fase (empezando por la destinación de fondo y la preparación de la licitación hasta la adjudicación final). **Los sobornos son empleados para influenciar decisiones discrecionales, para obtener información clasificada y adquirir protección política e institucional**” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[L]a OCDE ha señalado que la distorsión del proceso de contratación mediante la colusión o la corrupción suele tener un efecto particularmente perjudicial en el contexto del sector público. Una contratación pública eficaz determina la calidad de la infraestructura y los servicios públicos e incide en la variedad y la penetración de la infraestructura y los servicios que un Estado puede proporcionar a sus ciudadanos.

La contratación pública es una cuestión de máxima importancia para el desarrollo económico de un país: (i) los bienes y servicios objeto de contratación pública suelen afectar a una gran parte de la población; (ii) la contratación pública atañe a menudo a la infraestructura física o a la salud pública, lo que respalda otras formas de actividad económica; (iii) repercute en la competitividad internacional; (iv) puede tener consecuencias en el clima de inversión; (v) la distorsión de la contratación pública suele hacer pesar los efectos más perjudiciales sobre las personas más desaventajadas de la sociedad, que dependen en mayor medida de los servicios y la infraestructura públicos y (vi) la contratación pública suele tener por objeto “bienes públicos”, por lo que los mecanismos del mercado privado no pueden responder a las insuficiencias generadas por la colusión o la corrupción.

Además, se merma la confianza en el gobierno y el mercado, inhibiendo la inversión y, en última instancia, el desarrollo económico de un país. El dinero perdido por la distorsión del proceso de contratación pública representa un despilfarro de fondos públicos. Las pérdidas resultantes en términos de infraestructura y servicios

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

públicos, ya sea en calidad o variedad, suelen pesar más directamente sobre las personas más necesitadas de la sociedad, que dependen en mucha mayor medida de los servicios públicos. La existencia de colusión o corrupción en la contratación pública puede disminuir la confianza en el proceso competitivo y debilitar los beneficios que reporta un mercado competitivo.

Desde esa perspectiva, resultan incompatibles con los principios, valores y previsiones constitucionales que propugnan por la protección del interés general aquellas conductas anticompetitivas que lamentablemente cuentan con la participación o el concierto deliberado de servidores públicos, no solo por representar una grave afectación al bien jurídico de la libre competencia en los procesos de contratación con el Estado, sino que a su vez desconoce los principios elementales de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez y lealtad.

[L]a Corte Constitucional ha entendido que la corrupción es un fenómeno que amenaza al Estado Social de Derecho porque atenta contra los cimientos de la democracia y afecta directamente los principios constitucionales que guían el desempeño de la función pública. En ese entendido, el fenómeno de la corrupción tiene un impacto de dimensión económica que, entre otras cuestiones, “(...) afecta la inversión, aumenta los costos económicos, elimina la competencia y facilita los monopolios de hecho, entre otros efectos” y, a su vez, “produce la desviación de los recursos públicos a los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, lo que disminuye el gasto público para atender necesidades sociales prioritarias”.

[C]ualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Programa de Beneficios por Colaboración (PBC) – Finalidad – PBC en Colombia – Requisitos y pérdida de los beneficios

*Una de las prioridades de las autoridades de competencia es desarrollar maneras efectivas de luchar contra los carteles empresariales. En este sentido, el **PBC** es considerado hoy en día como una de las herramientas principales en su lucha. En esencia, el programa de delación consiste en el mecanismo a través del cual una persona natural o jurídica, que forma parte de un cartel empresarial, queda exonerado total o parcialmente del pago de la sanción económica que, de otro modo, le hubiera tocado pagar. Lo anterior, a cambio de informar la existencia del cartel y aceptar su participación en el mismo ante la Autoridad de Competencia, aportar pruebas e información sobre su funcionamiento, duración, participantes, entre otros, y acatar los requisitos establecidos en la ley, tales como no controvertir los hechos reconocidos previamente en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración.*

*[L]a mayoría de las jurisdicciones del mundo cuentan con un **PBC** para la detección de carteles empresariales, existiendo un consenso entre las diferentes autoridades de competencia del mundo en que dicho programa es una de las herramientas más efectivas en la lucha contra los carteles empresariales.*

*[E]ntre los beneficios que resultan de contar con un efectivo **PBC** está el incremento de las posibilidades de detectar y sancionar un cartel empresarial. Lo anterior, teniendo en cuenta que los miembros de un cartel son conscientes de la ilegalidad de su proceder y, por tal razón, invierten importantes esfuerzos y recursos en ocultar su actividad cartelista: hacen reuniones fuera del país donde se ejecuta el acuerdo, utilizan métodos sofisticados de comunicación (chats, correos electrónicos, celulares prepagos), así como “alias”, destruyen información, entre otras prácticas propias de actividades al margen de la ley.*

[A]l incrementarse las probabilidades de detección y sanción, se crea un incentivo disuasorio para participar en un cartel empresarial. En la misma línea, quien haga parte del cartel tendrá igualmente el incentivo para cesar su participación en él y acudir a la autoridad para delatar su existencia movido por el temor a ser descubierto o que otro de los miembros del cartel lo haga primero, dados los beneficios de inmunidad o reducción de la multa, creando un claro efecto desestabilizador en el cartel. Esto es lo que en la teoría económica se conoce como el “dilema del prisionero”, donde la incertidumbre de uno de los “socios” genera que acuda primero a la autoridad para quedarse con todos los beneficios; opera como móvil interno para que una persona acuda a colaborar con la autoridad y al final la estrategia estrictamente dominante para cada uno de los involucrados en el juego en mención sea delatar.

[P]ara un adecuado funcionamiento del programa de delación, que logre los resultados esperados, se requiere conjugar una serie de elementos, en la medida en que se trata de un sistema de beneficios, compensaciones o recompensas, por lo que la decisión de delatar debe representarle un beneficio real al delator. Es decir, debe existir un sistema de incentivos que induzca al presunto cartelista a participar activamente en el programa.

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

[E]n primer lugar, debe contarse con unas sanciones lo suficientemente disuasorias para que al momento de realizar un típico análisis de costo-beneficio, el resultado sea en favor de colaborar con la autoridad. Como complemento de lo anterior, el cartel empresarial debe tener un riesgo real de detección y sanción, lo cual está íntimamente asociado con las facultades con que cuenta la Autoridad de Competencia y con la fortaleza institucional de la misma. Finalmente, el tercer elemento clave para el éxito del programa de delación estriba en la transparencia y seguridad jurídica para sus aplicantes, siempre y cuando, claro está, el comportamiento de estos durante el trámite de la solicitud de beneficios y la investigación correspondiente sea igualmente transparente y, sobre todo, congruente.

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009, Colombia introdujo cambios sustanciales en el régimen de competencia, entre los que se destacan haber establecido a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de protección de la libre competencia económica, el incremento sustancial de las multas a imponer a los infractores y el establecimiento del **PBC**.

En efecto, el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

“Artículo 14. Beneficios por colaboración con la autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.

2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración”.

Actualmente, el **PBC** se encuentra reglamentado por el Decreto 1523 de 2015. Dicha norma establece las condiciones generales y la manera en que la Superintendencia de Industria y Comercio puede conceder a cualquier persona natural o jurídica el beneficio consagrado en la ley.

[P]ara suscribir el Convenio de Beneficios por Colaboración el aplicante debe cumplir los siguientes requisitos: (i) reconocer su participación en el acuerdo contrario a la libre competencia; (ii) suministrar información o pruebas útiles sobre la existencia del acuerdo y su forma de operación, incluyendo aspectos tales como: objetivos, principales actividades, funcionamiento, nombre de los partícipes, grado de participación, domicilio, producto o servicio, área geográfica afectada y duración estimada del acuerdo o acuerdos restrictivos de la libre competencia que denuncia; (iii) atender los requerimientos e instrucciones que haya impartido la Superintendencia de Industria y Comercio en el curso de la negociación del Convenio de Beneficios por Colaboración; y (iv) terminar su participación en el acuerdo anticompetitivo en los términos que establezca el funcionario competente.

[P]ara que la Superintendencia de Industria y Comercio adopte una decisión final favorable sobre la concesión del beneficio de exoneración total o parcial del pago de la multa, no basta con la simple confesión de la participación de la persona natural o jurídica en el cartel empresarial, pues ello es tan solo uno de los requisitos de acceso al **PBC**. Para lograr el beneficio, la persona natural o jurídica deberá colaborar efectivamente durante el curso de la actuación administrativa.

[E]l artículo 2.2.2.29.3.1. del decreto en comento establece que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, en el acto administrativo que decida la actuación administrativa, conceder los beneficios por colaboración convenidos por el funcionario competente en todos los casos salvo que se presente alguna de las siguientes situaciones:

“1. Cuando el delator controvierta en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración.

2. Cuando el delator no facilite la práctica de testimonios de sus empleados o administradores.

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

3. Cuando el delator desatienda los requerimientos que realice la Superintendencia de Industria y Comercio para la comprobación o ratificación de la información suministrada y los hechos reconocidos.
4. Cuando el delator destruya, altere u obstaculice el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.
5. Cuando se pruebe que el delator ostenta la condición de instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la libre competencia; y
6. Cuando el delator incumpla cualquiera de las obligaciones estipuladas en el Convenio de Beneficios por Colaboración”.

[Q]uien se acoja al **PBC** deberá actuar de buena fe, absteniéndose de conductas que minen la investigación, tales como controvertir durante la investigación los hechos que había reconocido previamente en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, desatender requerimientos, destruir, alterar u ocultar la información que posea, entre otras.

En consecuencia, bien podría ocurrir que un agente del mercado cumpla con los requisitos de acceso al **PBC** por haber confesado su participación y aportado pruebas sobre el funcionamiento del cartel, pero que durante el curso de la investigación no colabore con la autoridad, porque, por ejemplo, controvertió en el curso de la investigación los hechos que había reconocido en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, no suministró las pruebas que estuvieran a su disposición, o porque alteró, destruyó u ocultó información o elementos de prueba relevantes para la investigación. De comprobarse esta falta de colaboración, la Superintendencia de Industria y Comercio mal podría otorgar el beneficio, por existir un expreso mandato legal prohibiendo que se le conceda el beneficio de exoneración total o parcial a quien no colabore con la investigación.

En este orden de ideas, corresponderá al Superintendente de Industria y Comercio decidir sobre la pérdida de beneficios en caso de que se compruebe alguna de las circunstancias transcritas, o si se demuestra que quien celebró el convenio tenía la condición de instigador o promotor del cartel.

[L]a exoneración total o parcial de la multa que conceda el Superintendente de Industria y Comercio “(...) a un delator, se extenderá, en el mismo porcentaje, a todos los sujetos de derecho que actúan o hayan actuado para aquel como facilitadores, y que colaboren en el curso de la actuación” excepto cuando:

“1. Nieguen su participación o responsabilidad en el acuerdo contrario a la libre competencia objeto de delación o nieguen los hechos que reconocieron en su actuación dentro del trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración.

Lo anterior no limita el derecho a controvertir las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación;

2. Cuando sean renuentes a concurrir a la práctica de pruebas en las que su presencia sea requerida.
3. Cuando destruyan, alteren u obstaculicen el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.
4. Cuando el delator para el que actúan o hayan actuado pierda los beneficios por colaboración”.

RESPONSABILIDAD POR ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA –
Responsabilidad administrativa - Difiere de otros regímenes de responsabilidad, tales como el penal, fiscal o disciplinario

Es importante advertir que el reproche realizado por esta Superintendencia es exclusivo del ámbito de la responsabilidad administrativa —no responsabilidad penal— por la infracción de las normas sobre protección de la libre competencia económica. En ese sentido, es claro que el empleo de la expresión “soborno”, deberá entenderse como una retribución de carácter económico como contraprestación por los compromisos adquiridos y ejecutados en virtud de un acuerdo anticompetitivo.

[E]l análisis de las conductas anticompetitivas, aun cuando tengan rasgos comunes, es independiente a la estructuración y exigencias de las conductas punibles (i.e. cohecho propio o impropio) y a cualquier otro tipo de responsabilidad administrativa (i.e. disciplinaria o fiscal). A partir de lo anterior, los argumentos presentados por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en sus observaciones al Informe Motivado en que pretende limitar las circunstancias de tiempo, modo y lugar a la investigación que se le adelantó en materia penal, así como también los argumentos presentados por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** dirigidos a exculpar su

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

responsabilidad administrativa fundamentado en que ni siquiera se le abrió averiguación o investigación de carácter penal, no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

RESPONSABILIDAD POR ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Responsabilidad de los participantes del acuerdo colusorio – Responsabilidad de los agentes del mercado por actos de sus empleados

[E]sta Superintendencia ha considerado que “el hecho de que un participante en un acuerdo anticompetitivo adelante únicamente ciertos elementos de la conducta reprochada o tenga una participación menor en la misma, en nada desdibuja su responsabilidad por su participación en la conducta colusoria ni la existencia de la misma, siempre que se logre probar que con su actuar buscó aportar en la consecución de un objetivo común anticompetitivo y conozca, o pueda prever de manera razonable, los comportamientos ejecutados por los demás cartelistas” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Así mismo, la jurisprudencia administrativa ha señalado recientemente que este tipo de conductas cartelistas constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos: (...).

En esa medida, contrario a lo sostenido por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado, las declaraciones de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en que señala la participación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el acuerdo anticompetitivo, tienen plena credibilidad, consistencia y validez probatoria, máxime cuando el análisis en conjunto de diferentes evidencias permite corroborar la activa participación de **CORFICOLOMBIANA**, tal y como se evidenciará en acápite posteriores. Así mismo, no es de recibo el argumento de **CORFICOLOMBIANA** respecto a que la conducta de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no le es imputable, pues tal y como lo sostiene la jurisprudencia citada, la persona jurídica actúa por conducto de las personas que en ella laboran, quienes son las que toman las decisiones y, como se evidencia en este caso, realizan los pactos irregulares.

(...)

[L]a SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ha resaltado que la diligencia del buen hombre de negocios lleva implícito el deber de “informarse suficientemente” antes de tomar decisiones, “adelantar las indagaciones necesarias” y vigilar el desarrollo y cumplimiento de esas decisiones.

“La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas.” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

*[L]as conductas asumidas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** solo se justifican a partir del rol que cumplía dentro de la estrategia ilegal y su plena intencionalidad de no querer torpedear el correcto funcionamiento del sistema anticompetitivo, lo que corrobora la activa participación de **CORFICOLOMBIANA** en la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.*

[A]l respecto el Tribunal de Justicia Europeo, en el caso Aalborg Portland y Otros Vs Comisión de la Comunidad Europea, afirmó lo siguiente:

*“Para establecer la participación de una empresa en un acuerdo de esta índole, la Comisión debe probar que la empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que **tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo**”* (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En esa medida, no son de recibo para este Despacho los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado en que alegó que no puede reprochársele no haber realizado una conducta para evitar que se realizara el pago de un acuerdo anticompetitivo acordado en 2009 por parte de uno de los socios de su filial y, mucho menos, por no evitar que ese miembro hiciera pagos hasta 2015.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Los perpetradores de los acuerdos anticompetitivos tienden a negar u ocultar su existencia mediante mecanismos sofisticados, tales como el uso de eufemismos, de alias y realización de reuniones en el exterior

*[E]s importante anotar que la dinámica advertida previamente en los acercamientos, en que inicialmente **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** planteó desde una oportunidad laboral hasta el financiamiento de un*

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

emprendimiento con la intención de abonar el escenario propicio para finalmente ofrecer una retribución de carácter económico que incluso denominó “compensación”, se caracteriza por el uso frecuente de “eufemismos”, lo que se logra identificar como un rasgo característico durante toda la negociación del acuerdo anticompetitivo.

El anterior aspecto es relevante para este Despacho debido a que el empleo de expresiones más suaves o decorosas para referirse a lo que en palabras simples y comunes no sería más que conductas punibles o infracciones administrativas, se traduce en una estrategia altamente sofisticada y conscientemente deliberada en que a través del uso de determinado lenguaje se buscaba aminorar el impacto de unas conductas evidentemente reprochables para así generar un ambiente de suficiente “confianza” con el propósito de que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en forma paulatina, y plenamente consciente, se fuera involucrando en el sistema anticompetitivo.

[D]octrinantes en materia del derecho de la competencia consideran que los perpetradores de este tipo de conductas “(...) no suelen reconocer su existencia, ni suelen celebrarlo por escrito, ni ante testigos, sino que intentan cubrir de la mejor manera posible las huellas de su conducta contraria a libre competencia, utilizando mecanismos cada vez más sofisticados para eludir controles y evitar levantar sospechas” (Subrayas fuera de texto original).

[E]se tipo de eufemismos también se pueden advertir en la percepción inicial de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** respecto a su contraprestación por el pago de la “compensación”, debido a que señaló que únicamente se limitaría a “(...) que se dieran las condiciones de objetividad en la licitación (...)” y se “(...) garantizara que se cumpliera el pliego tal y como había sido definido en las etapas previas”.

[E]sta Superintendencia en diferentes oportunidades ha logrado identificar que los perpetradores de este tipo de conductas para “ocultar su actividad cartelista, hacen reuniones fuera del país donde se ejecuta el acuerdo, utilizan métodos sofisticados de comunicación (chats, correos electrónicos, celulares prepagos), así como “alias”, entre otras prácticas propias de actividades al margen de la ley”.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – El acuerdo es anticompetitivo aún si lo que se pretende es el cumplimiento de un pliego de condiciones

[I]ncluso si se aceptara en gracia de discusión que el acuerdo estaba encaminado únicamente a garantizar supuestamente condiciones de objetividad, no por ello perdería su carácter de anticompetitivo. En efecto, un acuerdo como el evidenciado, y aun cuando supuestamente pretendiera el estricto cumplimiento del pliego de condiciones en la licitación, tiene toda la potencialidad o suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado. Lo anterior es razón suficiente para rechazar de plano los argumentos presentados por **ODEBRECHT** en sus observaciones al Informe Motivado con que infructuosamente intenta evadir su responsabilidad al señalar que pagó un soborno con la finalidad de garantizar que el pliego de condiciones se mantuviera incólume, debido a que creía que las condiciones del juego estaban desniveladas, y los demás participantes podían estar pagando sobornos con el fin de resultar adjudicatarios.

La anterior encuentra fundamento en un análisis a partir de las máximas de la experiencia, que como lo ha señalado la jurisprudencia no solo constituyen “una importante expresión de la sana crítica” en la valoración probatoria, sino que además permite “explicar eventos semejantes”. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que:

“Es de su esencia que se refieran a fenómenos cotidianos, pues frente a los que no tienen esta característica no es factible, por razones obvias, constatar que siempre o casi siempre ante una situación A se presenta un fenómeno B, al punto que sea posible extraer una regla general y abstracta que permita explicar eventos semejantes.” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

[S]iguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una máxima de la experiencia para el análisis del presente caso podría expresarse así: Siempre o casi siempre que una persona acepta una promesa remuneratoria a cambio de desarrollar determinada labor, querrá, por lógica, que aquella labor que realizará resulte tal como se le encomendó, esta premisa o regla general, que surge de la observación repetida de fenómenos cotidianos de la conducta humana, permite a este Despacho inferir, por elemental razón, que al mediar el ofrecimiento de una retribución económica, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** indudablemente tendría un interés o inclinación en que la **CONCESIONARIA** resultara favorecida con la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, afectando la transparencia y objetividad que debía caracterizar el proceso de selección.

[L]os argumentos presentados por **ODEBRECHT** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en sus observaciones al Informe Motivado dirigidos a alegar que no se afectó el principio de selección objetiva o igualdad frente a los demás competidores tampoco tienen ningún mérito de prosperidad. En efecto, la infracción a la prohibición

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, a partir de la cual se censura el sistema anticompetitivo y, en su primera fase, el acuerdo ilegal analizado a la luz del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, debe “(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece”, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, 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 contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros). En ese sentido, tampoco son de recibo los argumentos de **ODEBRECHT** al señalar que se omitió probar, o siquiera indicar, qué subsistema se está afectando y que, en tal sentido, la prohibición general es inaplicable.

[A] modo de ejemplo, un acuerdo en que medie el ofrecimiento de una retribución de carácter económico con el propósito de asegurar la adjudicación de un contrato estatal en favor de determinado competidor, incluso cuando no produzca el resultado esperado, tampoco por ese hecho perdería su carácter de anticompetitivo. En otras palabras, para este Despacho un acuerdo probado como está, que hace parte de todo un sistema anticompetitivo, tiene toda la idoneidad y aptitud necesaria para causar daño en un mercado, con independencia de la intención inicial de los agentes o sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado.

Aceptar que un acuerdo en que medie el ofrecimiento de una retribución económica para hacer cumplir el pliego de condiciones no es anticompetitivo, sería tanto como patrocinar que los competidores se puedan concertar ilegalmente con el propósito de evitar que el proceso licitatorio sea declarado desierto con tal de no frustrar las expectativas del Estado en celebrar un contrato estatal. En uno y otro caso, independiente de la intención de sus perpetradores, ese tipo de acuerdos son lesivos para el mercado y desconocen las normas que protegen la libre competencia económica.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Colusión en procesos de contratación pública - Sistemas de monitoreo a través de amenazas e intimidaciones

[E]sta Superintendencia ha identificado que ese tipo de reacciones como “amenazas”, son un rasgo común entre los partícipes de acuerdos anticompetitivos cuando precisamente pretenden corregir o encausar cualquier incumplimiento o desvío del arreglo ilegal. Particularmente en este caso, durante la ejecución del acuerdo ilegal desplegado en el marco del sistema anticompetitivo, se encuentran diferentes pruebas que permiten evidenciar la existencia de intimidaciones y amenazas con el propósito de evitar cualquier incumplimiento.

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA - Libertad de empresa

[E]sta Superintendencia recientemente ha considerado que “[p]or regla general, la libertad de empresa comprende la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica. Sin embargo, la existencia de esa libertad contractual está sujeta a especiales restricciones cuando, por ejemplo, los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia o se pretenda instrumentalizar algún contrato con el ilícito propósito de perpetuar conductas anticompetitivas.”

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Modificaciones contractuales recurrentes pueden conllevar a la vulneración de los principios de libre concurrencia y selección objetiva

[E]n el marco del sistema anticompetitivo, la actuación y gestión de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** dio “resultado” y fue “fundamental”, no solo para “acelerar”, sino también para “obtener” la modificación contractual que viabilizó obras adicionales en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Nótese que, según **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, se evitaron demoras de “3 o 4 años más” y, principalmente, se evitó el riesgo que le representaba a la **CONCESIONARIA** competir en un escenario de libre concurrencia por las “obras adicionales” en un “proceso de licitación pública”.

[L]a Corte Constitucional al enfocar su atención en la importancia del principio de planeación en el contrato de concesión de obra pública ha resaltado el incentivo perverso que se genera cuando se desconoce el carácter excepcional de las modificaciones contractuales y que conlleva el desconocimiento de los principios de libre concurrencia y selección objetiva:

“(…) la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre concurrencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados.” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

[E]l Consejo de Estado ha señalado que los cambios o ajustes a los contratos estatales no pueden suponer para el contratista una situación más ventajosa de la que tenía inicialmente frente a los otros interesados y

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

oferentes —competidores— durante el proceso de contratación debido a que puede “(...) inferirse razonablemente que la modificación contractual que se pretenda efectuar, de haberse hecho durante el proceso de selección, hubiera implicado la participación de oferentes adicionales, o una variación en las condiciones de participación de los proponentes y/o en el orden de elegibilidad de sus ofertas, en relación con la que se tuvo en cuenta para la adjudicación” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública -Conducta continuada – Caducidad de la facultad sancionatoria

[E]ste Despacho puede concluir que existió un sistema anticompetitivo con vocación de permanencia que se prolongó en el tiempo, lo que significa que dicha conducta tuvo un carácter continuado o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea, sino que se desarrolló sin solución de continuidad a través de diferentes comportamientos sucesivos involucrando distintos actores, tal y como se ha demostrado con suficiencia previamente.

Dicho sistema anticompetitivo se desplegó en dos (2) fases a través de una compleja y sofisticada estructura ilegal que, valiéndose convenientemente de su organización empresarial preestablecida, contempló un reparto específico de diversos roles y distintas tareas o funciones, para que funcionara de manera concertada y plenamente coordinada, con la finalidad de cometer diferentes dinámicas y estrategias inequívocamente dirigidas a la consecución de un propósito específico, en este caso, limitar la libre competencia económica.

[E]l sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia se orquestó desde los inicios del Proyecto Ruta del Sol, cuando **ODEBRECHT** desplegó diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de interferir o alterar su estructuración. Luego, en una primera fase, contempló la celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo con la finalidad de garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** y, posteriormente, en una segunda fase, incluyó la ejecución de una dinámica de reembolsos y pagos irregulares y, en forma concomitante, una estrategia de compensación a través de una adición contractual, objetivos que, como presupuesto para su materialización, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo.

[E]l sistema anticompetitivo reprochado es una conducta de carácter continuado. Esto, entre otras razones, porque, en general, son esquemas complejos que no necesariamente se agotan en un solo momento sino que se prolongan en el tiempo. En el presente caso, su funcionamiento incluyó la celebración de un acuerdo anticompetitivo y de diferentes dinámicas y estrategias que se ejecutaron de manera prolongada materializándose antes, durante y con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Precisamente, en relación con las conductas continuadas, es importante señalar que, en casos similares, esta Superintendencia ha caracterizado la existencia de tres elementos constitutivos. Al respecto, en la Resolución No. 26266 de 2019 se indicó:

“En línea con lo anterior, la definición de conducta continuada que ha sido citada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: (i) pluralidad de acciones u omisiones, (ii) unidad de intención e (iii) identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. (...)”

En relación con (i) la pluralidad de acciones y omisiones, la experiencia a nivel mundial ha demostrado que, debido a la naturaleza del comportamiento objeto de estudio y a los mecanismos procesales de selección en los que se desenvuelve, normalmente la colusión se configura por un conjunto de actividades que incluye, entre otras, la concertación sobre las condiciones en que los proponentes coludidos participarán en el proceso de selección correspondiente, la coordinación de las observaciones que presentarán respecto de los pliegos de condiciones, la formulación estratégica y coordinada de las ofertas y, además, comportamientos que tienen lugar incluso después de la adjudicación y celebración del contrato en cuestión, orientados a la repartición de los beneficios derivados de la colusión (subcontratos, cesión del contrato adjudicado, pagos directos, etc.).

Nótese, sobre este particular, que los actos que normalmente constituyen la colusión se extienden a lo largo de todas las etapas del proceso de selección e incluso se proyectan con posterioridad a la adjudicación y la celebración del contrato correspondiente, cuando esta ocurre en cabeza de alguno de los colusores. Precisamente, es la propia jurisprudencia referida por lo investigados la que ha considerado que “(...) la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en (...) el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la adjudicación final del contrato, efectos lesivos que incluso se extienden en su ejecución.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Acercas de (ii) la unidad de intención, por supuesto referida a la pluralidad de acciones que constituyen el comportamiento continuado, debe llamarse la atención acerca de que todas y cada una de las conductas desplegadas por los colusores, independientemente de la etapa del proceso en que tengan lugar, están

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

orientadas a la supresión de la rivalidad en el marco del concurso y a la repartición de los beneficios derivados de ese comportamiento, actos o conductas de los que depende la consumación de los efectos, en los casos en los que alguno de los colusores resulta adjudicatario del contrato.

Finalmente, en lo que atañe a (iii) **la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable**, es importante señalar que todas las acciones configurativas de la colusión, unidas por los propósitos mencionados, son constitutivas del comportamiento restrictivo de la libre competencia económica **previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, en algunos casos, también constitutivas de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.**” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En relación con el primer elemento, **pluralidad de acciones y omisiones**, se evidenció que el sistema anticompetitivo contempló diversas acciones y omisiones. Entre ellas, un acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, una dinámica de reembolsos y pagos irregulares valiéndose de la **CONCESIONARIA** y **CONSOL**, y concomitantemente una estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Respecto al segundo elemento, esto es, **unidad de intención**, es pertinente precisar que el acuerdo, así como las dinámicas y estrategias ejecutadas, tenían como propósito no solo garantizar la adjudicación en favor de la **CONCESIONARIA**, sino con posterioridad dividir los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo, valiéndose de la propia ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y, adicionalmente, extraer indebidamente la mayor utilidad posible a través de una adición contractual.

Por esa razón, en el marco del sistema anticompetitivo se adelantaron toda una serie de actuaciones inequívocamente dirigidas, no solo a facilitar su funcionamiento, sino también a encubrir y ocultar sus distintas dinámicas y estrategias lo que perpetuó en el tiempo sus efectos lesivos hasta la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[E]n cuanto al tercer elemento, **identidad de los elementos de la conducta**, todas las conductas fueron constitutivas del sistema anticompetitivo, unas actuaciones presupuesto de otras, interconectadas entre sí por propósitos comunes, y que compartían rasgos similares que dejaban en evidencia no solo su sistematicidad, sino también su continuidad o prolongación en el tiempo.

A partir de las razones dadas previamente, los argumentos de varios investigados en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con competencia temporal dado que ocurrió el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes. Para este Despacho resulta claro que la conducta de los investigados, como ninguna otra, fue continuada, pues (i) existió una pluralidad de acciones y omisiones; (ii) tuvo una unidad de propósito o intención; y (iii) conservó una identidad de los elementos que configuran las conductas descritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 —acuerdo colusorio— y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 —sistemas que limitan la libre competencia económica—.

[D]ebe advertirse que en materia de protección a la competencia existe una norma especial respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad única de competencia en Colombia, contemplada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia **caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado**” (Negrilla fuera del texto original).

[E]l término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia cuando se investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas, y no de tres (3) años como erradamente lo afirman los investigados.

Las conductas ejecutadas por los investigados son de carácter continuado al no haberse consumado en un único momento, sino que se desarrollaron a través de varios comportamientos sucesivos en el tiempo, todos comprendidos dentro de un sistema anticompetitivo que, en una primera fase, estuvo compuesto por un acuerdo anticompetitivo que les permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** y, en una segunda fase, desplegaron una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se materializó a través de la instrumentalización de diferentes contratos, lo que les permitió dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, implementaron una estrategia de compensación a través de una adición contractual, con la finalidad de extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

Al tratarse de una conducta continuada o de tracto sucesivo, los hechos reprochados no pueden analizarse como conductas aisladas, como errónea y convenientemente lo pretenden los investigados, para predicar de algunas de ellas o de todas, la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de esta autoridad de la libre competencia económica. En este caso, se trata de una conducta continuada o de tracto sucesivo, en la que por ministerio de la ley, el término de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta.

[A]un cuando se considere que la conducta inició con anterioridad a la vigencia de la Ley 1340 de 2009, al haber sido continuada durante la vigencia de dicha normatividad, el término de caducidad es de cinco (5) años, según las voces del artículo 27 de la mencionada ley, que como se dijo prevé que la facultad sancionatoria “caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo”.

De manera que los argumentos expuestos por los investigados relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria no resultan válidos, debido a que está acreditado en la actuación administrativa que la conducta investigada se realizó en distintos momentos en el tiempo sin solución de continuidad. Es por ello que en el caso concreto el término para la caducidad inicia en la fecha en que cesó la conducta (último acto en la conducta continuada o de tracto sucesivo), y no desde que inició ni tampoco en relación con cada acto individualmente considerado, pues en palabras del propio Consejo de Estado, en estos casos “el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva”.

[E]xisten pronunciamientos sobre conductas continuadas por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa refiriéndose específicamente a conductas restrictivas de la competencia que se han considerado como continuadas.

En el caso analizado por esta Superintendencia se logró determinar que las conductas ejecutadas por los investigados, son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea sino que, como quedó ampliamente explicado en acápite previos, se desarrollaron a través de varios comportamientos sucesivos en el tiempo, unos ejecutados por todos y otros ejecutados por alguno o algunos de los investigados a nombre de los demás miembros del sistema anticompetitivo, comprendidos todos dentro de una estrategia sistemática, general, coordinada, continuada y concertada de sus distintos actores.

*[E]l cargo formulado a los investigados en ningún caso se suscribió o limitó únicamente a un acuerdo anticompetitivo, sino que además se imputó una dinámica consistente en suscribir contratos que carecían de soporte para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del Sector 2 de la Ruta del Sol, acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, y dado que esos pagos adicionales siguieron la misma lógica que caracterizó el pago derivado del acuerdo anticompetitivo, se le atribuyeron propósitos similares, asociados con garantizar no solo la adjudicación del contrato sino, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de adiciones contractuales, tal y como se encontró probado con suficiencia en acápite previos. Por lo que incluso es suficiente con leer la Resolución de Apertura de Investigación para advertir que desde dicho acto, la conducta se imputó como permanente, continuada o de tracto sucesivo.*

[N]o puede ser de recibo que se alegue por parte de los investigados que simplemente se trataba de algunos eventos aislados, inconexos o separados en el tiempo para alegar convenientemente la caducidad de la facultad sancionatoria. Se insiste, en el presente caso, la conducta cometida no solo fue imputada como continuada, sino que además es catalogada como una práctica comercial restrictiva de la libre competencia que se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada previamente, que la comisión de su falta fue permanente.

*[R]esulta francamente inaudito que se alegue la configuración del fenómeno procesal de la caducidad, en razón a que supuestamente el último acto de la conducta tuvo ocurrencia con la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, cuando las diferentes pruebas presentadas en acápite previos dejan en evidencia la prolongación, persistencia y continuidad de todo un sistema anticompetitivo. Al respecto, debe advertirse que en un caso con las particularidades y sistematicidad advertida, garantizar la adjudicación del contrato estatal en favor de la **CONCESIONARIA**, tan solo representa una fase dentro del sistema anticompetitivo, sin que ello signifique que la conducta de los investigados se limite a ese específico momento. Lo anterior, en la medida en que, se reitera, la conducta reprochada fue concebida y ejecutada para ser desarrollada a través de una estrategia sistemática y continuada en el tiempo, sobre lo que hay abundante material probatorio en el Expediente y que fue expuesto en el presente acto administrativo.*

[E]s indiscutible que la conducta desarrollada por los investigados se cataloga como de carácter continuado o permanente, lo que significa que el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolongó en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva, razón por la cual el término

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta y ello ocurrió en vigencia del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, que prevé un término de caducidad de cinco (5) años.

[E]n el presente caso existe evidencia de reuniones realizadas durante 2016, donde puede evidenciarse que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** pretendieron replicar la estrategia de instrumentalización de contratos con el propósito de camuflar el pago derivado del acuerdo anticompetitivo y mantenerlo en la absoluta clandestinidad para garantizar el funcionamiento del sistema anticompetitivo, que hasta ese momento continuaba en plena ejecución, lo que denota la continuidad y prolongación de la conducta, máxime cuando la última reunión realizada con esa finalidad en **julio de 2016** fue concomitante con el último pago identificado a **PRESOAM** del que se tiene registro fue efectuado el **5 de agosto de 2016** a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**, durante la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

[N]o hay duda que la normatividad aplicable al caso en particular corresponde a aquella prevista en la Ley 1340 de 2009, atendiendo al principio de legalidad que debe regir todas las actuaciones administrativas, por cuanto la conducta ejercida por los investigados no se ejerció instantáneamente, sino de manera continuada durante la ejecución del contrato de concesión, lo que en consecuencia implica que se aplique la legislación vigente al momento de cesación de la conducta, acciones o hechos infractores del ordenamiento jurídico.

[R]esulta indiscutible que el cómputo del término de caducidad de la facultad sancionatoria obedece a la Ley 1340 de 2009, pero además, no cabe duda de que su término inicia con la cesación o último acto constitutivo de la conducta sancionable, de donde se concluye que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico. En este sentido, la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente.

En relación con el contexto jurídico objeto de estudio, debe precisarse que el análisis de esa corporación ha sido uniforme en indicar que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, pues tal regla es aplicable a acciones o conductas ejecutadas de manera instantánea; situación jurídica que cambia cuando se está frente a hechos o circunstancias constitutivas de sanción, ejecutadas de manera continuada, en razón a que el término de que trata la ley, se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico.

[N]o pueden ser de recibo para este Despacho los argumentos de los investigados tendientes a indicar que operó la caducidad de la facultad sancionatoria, pues compartir tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación acertada que ha realizado el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por todo lo anterior, está plenamente probado que para iniciar la cuenta del término de caducidad de cinco (5) años de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, en el escenario más estricto, dicho término solo se vencería, como mínimo, en **agosto de 2021**, incluso de tenerse en cuenta la terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus Otrosíes, junto con sus actas complementarias, que adicionaron el referido contrato, el término de caducidad vencería en **febrero de 2022**, es decir, bajo ninguna circunstancia habría operado la caducidad que pretenden los investigados.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – Principio de favorabilidad

[T]ampoco resulta procedente en el presente caso la aplicación del principio de favorabilidad por las razones que se pasan a exponer. Sobre el particular, debe reiterarse que no se configuran de manera alguna los elementos estructurales del principio de favorabilidad, por cuanto las conductas de carácter permanente, continuado o de tracto sucesivo, si bien pudieron iniciar su gestación en vigencia de la ley anterior (Decreto 2153 de 1992), lo cierto es que **se ejecutaron plenamente y terminaron en vigencia de la Ley 1340 de 2009**.

[S]i bien existe jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la aplicabilidad del principio de favorabilidad en el derecho administrativo sancionador, entendido como la manifestación de protección de la garantía constitucional al debido proceso en contextos jurídicos en el que se acciona el poder punitivo del Estado, ello no quiere decir que respecto al caso en particular, tal principio deba operar debido a que, según la jurisprudencia nacional, la favorabilidad en relación con conductas, hechos o acciones constitutivas de sanción ejecutadas continuamente implican una interpretación diferente, en razón al reconocimiento de garantías de raigambre constitucional como lo es, el principio de legalidad e igualdad.

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

[L]a jurisprudencia constitucional, también ha determinado presupuestos de inaplicabilidad del principio de favorabilidad respecto de hechos, conductas o circunstancias realizadas continuamente constitutivas de sanción en el ejercicio propio punitivo-sancionatorio del Estado, (...).

[L]a Corte Constitucional considera que si el sujeto que realizó la conducta sancionable no se intimidó con la ley más gravosa y, por ende, decidió continuar lesionando y/o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador, no hay razón para aplicarle la ley anterior más favorable y desconocer la nueva ley que también fue trasgredida por el infractor. Al respecto el artículo 6 de la Carta Política, indica que las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como prohibido, por ello, no hay lugar a dudas que quien de manera libre y voluntaria decide efectuar acciones y hechos contrarios al ordenamiento jurídico, la consecuencia ineludible es hacerse acreedor a la sanción, pena o condena dispuesta para la respectiva afrenta a la ley y demás consecuencias jurídicas establecidas.

[L]a aplicación de la Ley 1340 de 2009 es acertada por parte de esta Superintendencia, en tanto no es admisible jurídicamente considerar que pese a que los investigados conocieran del cambio legislativo en materia de caducidad de la facultad sancionatoria contemplado en la Ley 1340 de 2009, y aun cuando iniciaran a gestar sus comportamientos con anterioridad, continuarán posteriormente efectuando conductas contrarias a la libre competencia económica, sin que tal circunstancia fuese óbice para cesar la realización de tales acciones.

En atención a lo anterior y en concordancia con la jurisprudencia nacional y con la situación fáctica y jurídica constitutiva del presente caso, es dable concluir la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en lo que respecta a conductas, acciones o hechos constitutivos de sanción en el ejercicio del poder sancionatorio-punitivo del Estado, realizados continuamente. De acuerdo a lo expuesto, debe entenderse que en los actos o acciones sancionables de carácter continuado, se presenta una diferencia temporal entre lo ejecutado bajo la vigencia de la ley menos gravosa respecto de la sanción y lo ejecutado bajo el imperio de la nueva legislación, esto es, no existe equivalencia entre la lesión acaecida bajo la vigencia de una y otra ley, pues si se presentara, se desconocerían principios de igual rango como la igualdad y legalidad, razón por la cual no se presentan los presupuestos objetivos para dar aplicación al principio de favorabilidad, pues su aplicación desconocería, o en otras palabras, omitiría el sentido que la constitución y la ley le otorgaron a dicho principio contemplado en el artículo 29 de la norma superior.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria – Análisis y valoración en conjunto del material probatorio – Sana crítica – Prueba indiciaria en materia de acuerdos contrarios a la libre competencia

[E]n Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la 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. Lo anterior, 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. (...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

[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 máxima autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Así mismo, 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**” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

[C]ualquier argumento dirigido a desacreditar o valorar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios que obran en el Expediente deba ser rechazado, toda vez que una posición en ese sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional. En esa medida, no son de recibo para este Despacho los argumentos de los investigados respecto a que no se analizaron las pruebas en conjunto ni se hizo una exposición razonada del mérito que se les asignó.

[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, aunque guarda ciertos rasgos coincidentes, la estructuración del medio probatorio denominado como indicios.

[E]l régimen probatorio previsto en nuestra legislación procesal civil, y aplicable a este procedimiento administrativo, contempla los indicios como 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 conductas restrictivas de la competencia económica. En efecto, según 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.

[E]sta 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” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

[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. En tal medida, los argumentos presentados con que pretenden relegar ese medio de prueba, no solo resultan improcedentes, sino que es un esfuerzo infructuoso por tratar de desconocer la eficacia demostrativa de las pruebas que obran en el Expediente y, por esa vía, desconocer su responsabilidad.

[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 mismas, dando mayor eficacia a unas sobre otras (i.e. indicios), contempló un sistema de sana 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, tal y como se expuso en los diferentes acápite del presente acto administrativo.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de congruencia

El cargo formulado a los investigados en ningún caso se suscribió o limitó únicamente a un acuerdo anticompetitivo, sino que además se imputó una dinámica consistente en suscribir contratos que carecían de soporte para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del Sector 2 de la Ruta del Sol, acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, y dado que esos pagos adicionales siguieron la misma lógica que caracterizó el pago derivado del acuerdo anticompetitivo, se le atribuyeron propósitos similares, asociados con garantizar no solo la adjudicación del contrato sino, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de adiciones contractuales, tal y como se encontró probado con suficiencia en acápite previos. Por lo que incluso es suficiente con leer la Resolución de Apertura de Investigación para advertir que no existe ningún desconocimiento del principio de congruencia.

Tampoco puede olvidarse que, según se dijo en la Resolución de Apertura de Investigación, la **CONCESIONARIA**, a la cual pertenecía **ODEBRECHT** y **EPISOL**, este último vehículo de inversión de **CORFICOLMBIANA**, constituyó el instrumento jurídico que hizo posible la materialización de la conducta infractora, pues su participación en los hechos resultó necesaria e incluso indispensable para la ejecución del sistema anticompetitivo, esto es, la firma del respectivo contrato estatal de concesión y la materialización de pagos ilícitos durante toda su ejecución, comportamientos que hacían parte de las conductas investigadas, e incluso en la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente que, hasta ese momento, las pruebas sugerían la existencia de un sistema anticompetitivo que, como se ha demostrado con suficiencia, en este acto administrativo fue plenamente corroborado.

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

[S]e pretende adoptar como estrategia de defensa, tergiversar convenientemente la imputación fáctica a determinados hechos, con el objetivo de acotar el campo de acción de las conductas reprochadas y, por ende, excluir la sistematicidad de lo ocurrido, para en ese escenario sin razones jurídicamente atendibles alegar un supuesto desconocimiento del principio de congruencia.

[N]o puede ser de recibo la lectura, por demás acomodada que hacen los investigados del Informe Motivado para pretender señalar que se creó una "nueva teoría del caso" o un "nuevo cargo", cuando es evidente que la imputación fáctica y jurídica fue clara y precisa.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio tiene la obligación legal de valorar todas las pruebas que obren en el Expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo, siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone la imputación fáctica y jurídica. Hecho ese ejercicio, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas en el Informe Motivado y en el presente acto administrativo cumplen con los siguientes requisitos mínimos: (i) hacen parte de las pruebas del Expediente; (ii) fueron regular y oportunamente allegadas e incorporadas a la investigación y (iii) guardan plena relación con la imputación fáctica y jurídica a que se refiere la Resolución de Apertura de Investigación.

[L]as resoluciones de apertura de investigación, nunca contienen obligatoriamente una transcripción exhaustiva de todas y cada una de las pruebas obrantes en un expediente, en razón a que las normas de procedimiento para este tipo de actuaciones establecen que tan solo es requerido que contengan las pruebas que permitan sostener la necesidad de iniciar una investigación formal, tendiente a demostrar si las presuntas conductas anticompetitivas en efecto se cometieron, y no necesariamente una mención y valoración de todas y cada una de las pruebas recaudadas.

En efecto, el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, señala que "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 su (sic) 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". Por lo tanto, la apertura de investigación, lógicamente, solo puede indicar las conductas o cargos imputados y los hechos que hasta ese momento resultan suficientes para que esta Superintendencia considere necesario realizar dicha imputación, pero jamás una transcripción de todos los elementos probatorios que hacen parte de un expediente formado por la etapa previa de indagación preliminar, pues ello sería absurdo.

El mismo artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 establece que cuando se ordene "abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes". Como es apenas obvio, esta oportunidad para solicitar y aportar pruebas, está prevista tanto para presentar las que considere pertinentes, como también para controvertir las pruebas que ya obren en el expediente y que pudieron haber sido recaudadas en la etapa de averiguación preliminar, con lo cual se garantiza plenamente el derecho de defensa protegido por el artículo 29 de la Constitución Política y demás normas aplicables.

[L]o que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben valorarse en la investigación son los cargos sobre la comisión de conductas restrictivas de la competencia imputados (imputación fáctica y jurídica). En este sentido, si bien las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las conductas imputadas en la apertura, también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar complementarias dentro del ámbito de los cargos formulados, sin que ello implique violación alguna del principio de congruencia como copiosamente lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrinal nacional.

Los cargos formulados en una resolución de apertura de investigación se refieren a la afirmación que hace la Superintendencia de Industria y Comercio en el sentido de que unas personas presuntamente han incurrido en la conducta calificada por la ley como restrictiva de la libre competencia económica. La investigación se abre para determinar si aquellos a quienes se dirige esa imputación incurrieron o no en esa endilgada conducta y, para ello, es obligatorio para cualquier autoridad administrativa, al momento de resolver de fondo (sancionar o exonerar) analizar todas las pruebas que obran en el expediente, bien sea las recaudadas en la investigación preliminar o en la etapa de investigación formal. Ninguna prueba que obre en el expediente, puede ser inadvertida por el funcionario que deba adoptar la decisión final.

[U]na resolución de apertura de investigación no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación fáctica y jurídica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente. Todo obliga a que al momento de la sanción

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

se haga una valoración jurídica de todas las pruebas que obran en el expediente, que hayan sido regular y oportunamente allegadas y frente a las cuales los investigados pudieron controvertirlas, para establecer si se ha realizado o no una conducta contraria a la norma que se imputa como transgredida, tal y como se ha explicado anteriormente y con suficiencia.

[U]na resolución de apertura de investigación no genera el efecto de congelar la actuación administrativa, como lo quieren dar a entender los investigados. Por el contrario, es a partir de este momento que el trámite entra en su momento más dinámico desde el punto de vista probatorio, donde los investigados, luego de estudiado el expediente y las pruebas que lo componen, pueden aportar, solicitar pruebas o controvertir las existentes. Es aquí, donde los investigados o sus apoderados, según fuere el caso, deben ser diligentes en estudiar el expediente con toda rigurosidad, identificando las pruebas que lo conforman y el contenido material y alcance de las mismas, para que en la oportunidad de descargos puedan solicitar la práctica de pruebas y aportar las que consideren necesarias para contrarrestar los cargos imputados.

Aceptar la tesis sobre una supuesta incongruencia planteada por los investigados conllevaría al absurdo de pensar que el acto administrativo de sanción o de archivo de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la resolución de apertura de una investigación, con la variación única en la fecha de expedición. Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria.

La anterior posición ha sido validada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como puede observarse, entre otras muchas decisiones judiciales, al determinar con claridad más que meridiana, que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, cuando se trata de pruebas regular y oportunamente allegadas a la investigación: (...).

[L]a jurisprudencia administrativa, como es apenas obvio, entiende que si en la etapa de instrucción las pruebas denotan la existencia de hechos adicionales que se enmarcan dentro de la imputación fáctica y jurídica, nadie podría alegar que, el recoger esos hechos adicionales en la decisión final vaya en contravía del principio de congruencia. Se reitera que sostener lo contrario, es suponer que la decisión final debe ser una copia de la resolución de apertura de investigación, lo que desquiciaría por completo cualquier procedimiento administrativo sancionatorio.

[L]a relación de las conductas como reprochadas en la Resolución de Apertura de Investigación, no impide que en el transcurso de la investigación, y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas o de las obrantes en el Expediente, la autoridad advierta circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió la conducta anticompetitiva objeto de la imputación, pues precisamente la investigación administrativa tiene como finalidad establecer si se ha incurrido o no en las conductas anticompetitivas imputadas.

En ese orden de ideas, la resolución que abre la respectiva investigación administrativa establece preliminarmente cuáles son las conductas objeto de investigación, lo cual conlleva a la lógica conclusión de que mal podría ser el momento en que la autoridad determina definitivamente todas y cada una, sin exclusión, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que deban ser analizadas para establecer o no su existencia, pues serán los elementos recaudados durante la indagación preliminar y la investigación los que darán lugar al análisis final en la resolución que ponga fin a la actuación administrativa para determinar si efectivamente la conducta anticompetitiva se ha perpetrado o si por el contrario está descartada su ocurrencia.

De este modo, las pruebas practicadas en la averiguación preliminar o en la investigación formal pueden servir no solo para ahondar las razones que motivaron el inicio de la actuación administrativa, sino que también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar que complementen las conductas imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación, sin que en ningún momento ello implique que se termine sancionando por una conducta diferente a la imputada inicialmente o que se haya vulnerado el principio de congruencia, como erradamente lo han alegado los investigados en sus observaciones al Informe Motivado.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio – Su aplicación no es igual que en el ámbito judicial

[U]no de los elementos definitorios del Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2).

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho la Corte Constitucional ha señalado que su definición implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación.

[D]esde la jurisprudencia administrativa y constitucional es incuestionable que el principio de legalidad y tipicidad de las conductas adquiere una mayor relevancia, y constituye un pilar fundamental, cuando se trata de la potestad sancionadora del Estado. Sin que ello quiera decir que las garantías del debido proceso comportan un alcance idéntico en el ámbito judicial y el administrativo.

[L]a extensión y aplicación de las diferentes garantías del debido proceso en el ejercicio de la función pública no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. En las actuaciones administrativas ocurre bajo estándares más flexibles que permiten asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración.

Esta distinción es apenas lógica, en primer lugar, debido a que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas (artículos 29 y 209, Superiores) de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad, diferentes al ámbito judicial, como es el caso de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio 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, el cual 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. En segundo lugar, las actuaciones administrativas, si bien están revestidas de presunción de legalidad, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa —control posterior—, por el contrario, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales y después de surtidos los mecanismos de impugnación gozan del fenómeno de cosa juzgada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha puntualizado que no es posible realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al ámbito administrativo.

“La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que éste último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública.” (Negrilla fuera texto original).

[L]os principios de legalidad y tipicidad, como garantías del debido proceso, han encontrado una interpretación diferente en el ejercicio de la función administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que “[e]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. (...)”.

*[L]a jurisprudencia constitucional ha considerado 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.**” (Negrilla fuera texto original). Como se ha visto, es indiscutible la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. No obstante, su intensidad, rigor o graduación es distinta a la exigida en el ámbito judicial (i.e. materia penal) como consecuencia, entre otras razones, de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.*

Bajo ese derrotero, debe recordarse que la infracción a la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, a partir de la cual se censura el sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia económica que, en su primera fase, incluyó un acuerdo ilegal analizado a la luz del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es una infracción que debe “(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece”, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, 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 contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA EN PROCESOS DE SELECCIÓN CONTRACTUAL – Colusión en procesos de contratación pública y prohibición general

[E]sta Superintendencia ha considerado que “(...) en los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, no solo existe la posibilidad de que se configure el acuerdo restrictivo de la competencia proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que también es posible la adecuación normativa de conductas enmarcadas en la segunda caracterización de la prohibición general como son las “prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.

*Por su parte, 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 es posible aceptar los argumentos de los investigados con que pretenden alegar un desconocimiento del acuerdo ilegal que idearon, celebraron y ejecutaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para garantizar la adjudicación de Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debido a que, a su juicio, el acuerdo anticompetitivo solo se perfecciona entre oferentes (competidores) y no entre un oferente y un funcionario público. Como tampoco puede ser de recibo el argumento de **ODEBRECHT** respecto a que existe doctrina probable.*

*Semejante interpretación olvida que la intención del legislador al señalar en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que adicionó el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que lo previsto en las disposiciones sobre protección de la competencia, que abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, se aplicará respecto de todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, fue precisamente, tal y como lo prevé su objeto en el artículo 1 *ibidem*, “actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados (...) y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica”.*

*Lo anterior es completamente coherente con las conductas identificadas a nivel internacional a través de las cuales las empresas intentan escapar a la presión competitiva en los procesos de contratación pública. Sobre el particular, la **OCDE** no solo considera las relaciones horizontales entre licitadores, sino además relaciones verticales entre uno o más licitadores y un funcionario público.*

[L]a interpretación convenientemente restrictiva realizada por los investigados para señalar que el acuerdo necesariamente requiere la concurrencia de dos (2) empresas competidoras, no solo desconoce el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 y que los acuerdos descritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no excluyen los verticales, sino también el principio hermenéutico del efecto útil de las normas.

[D]e acuerdo a dicho principio hermenéutico, cuando una disposición jurídica derive dos o más interpretaciones, una de la que se emanan efectos y otra en la que no los produce; o una en la que produzca menos efectos que en otra, habrá de preferirse aquella interpretación que produzca plenos efectos, en el entendido que el legislador no hace normas inútiles, máxime cuando la propia Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, reiteró 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.” (Negrilla fuera de texto original).

*Bajo ese entendimiento, patrocinar los argumentos de los investigados en que alegaron que no se configuraron los elementos de la definición de “acuerdo anticompetitivo” o no se cumplió con su bilateralidad, sería tanto como afirmar que el legislador dejó en la absoluta impunidad aquella “relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación”, que como lo afirma la **OCDE** es una de las formas en que “las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva”. Semejante interpretación no solo desconocería el principio hermenéutico del efecto útil de las normas referido previamente, sino además pasaría completamente por alto que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que adicionó el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, al actualizar la normatividad de competencia, señaló expresamente que la misma le es aplicable a todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.*

Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020

CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA EN PROCESOS DE SELECCIÓN CONTRACTUAL – Efectos perjudiciales para el sector público y la sociedad en general

[L]a OCDE ha señalado que la distorsión del proceso de contratación mediante la colusión o la corrupción suele tener un efecto particularmente perjudicial en el contexto del sector público. Una contratación pública eficaz determina la calidad de la infraestructura y los servicios públicos e incide en la variedad y la penetración de la infraestructura y los servicios que un Estado puede proporcionar a sus ciudadanos.

La contratación pública es una cuestión de máxima importancia para el desarrollo económico de un país: (i) los bienes y servicios objeto de contratación pública suelen afectar a una gran parte de la población; (ii) la contratación pública atañe a menudo a la infraestructura física o a la salud pública, lo que respalda otras formas de actividad económica; (iii) repercute en la competitividad internacional; (iv) puede tener consecuencias en el clima de inversión; (v) la distorsión de la contratación pública suele hacer pesar los efectos más perjudiciales sobre las personas más desaventajadas de la sociedad, que dependen en mayor medida de los servicios y la infraestructura públicos y (vi) la contratación pública suele tener por objeto “bienes públicos”, por lo que los mecanismos del mercado privado no pueden responder a las insuficiencias generadas por la colusión o la corrupción.

Además, se merma la confianza en el gobierno y el mercado, inhibiendo la inversión y en última instancia el desarrollo económico de un país. El dinero perdido por la distorsión del proceso de contratación pública representa un despilfarro de fondos públicos. Las pérdidas resultantes en términos de infraestructura y servicios públicos, ya sea en calidad o variedad, suelen pesar más directamente sobre las personas más necesitadas de la sociedad, que dependen en mucha mayor medida de los servicios públicos. La existencia de colusión o corrupción en la contratación pública puede disminuir la confianza en el proceso competitivo y debilitar los beneficios que reporta un mercado competitivo.