

Radicación: 11-1329 – Caso “IDU”

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Propósitos de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

[L]as actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales previsto en el artículo 88 y 333 de la Constitución Política, que establecen la libre competencia económica y que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y el Estado deberá evitar que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

[E]sta Entidad, en cumplimiento de su objetivo constitucional, debe velar por el interés general, fomentando la transparencia y la competencia en los procesos de contratación celebrados por el Estado, en razón de los bienes y servicios que éste demanda para el cumplimiento de sus funciones. Es así, como una adecuada ejecución de las políticas estatales a través de la contratación pública hace necesario que los procesos de selección que adelante la administración se encuentren en línea con los fines y principios estatales, permitiendo el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y propendiendo por una adecuada y eficiente asignación de los recursos públicos. Lo anterior no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos de contratación, sino también la libre competencia en el mercado nacional.

[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 como lo ha expuesto esta Entidad en diferentes oportunidades, que la colusión en los procesos de selección con el Estado representa diversos efectos negativos en varios agentes, 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.

Frente a este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio 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. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país, y hace a su vez urgente y necesario el diseño de políticas orientadas a la disminución y detección de la colusión en las licitaciones públicas (...).” (Negrilla fuera de texto original).

*En línea con lo anterior, la **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. Asegurar y restablecer el funcionamiento de los mercados en condiciones de libre competencia, redundan 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 económico y eficiencia económica.

En tal medida, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

crecimiento en su ingreso per capita respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia.

[L]a libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, 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. En efecto, los propósitos de las actuaciones en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

[L]a libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

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

[L]a protección de la libre competencia en los procesos de selección contractual que adelanta el Estado merece especial atención por parte de la autoridad de protección de la libre competencia económica. Incluso en Colombia, con la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción-, en su artículo 27, se estableció el delito de “acuerdos restrictivos de la competencia”, al incluir el artículo 410A en la Ley 599 de 2000 -Código Penal- para penalizar los acuerdos restrictivos que se presenten en los procesos de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso, con penas de prisión que van desde los 6 a 12 años, multas que oscilan entre los 200 a 1.000 SMLMV e inhabilidad para contratar con entidades estatales hasta por 8 años.

[L]a conducta que reprocha el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 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 ha señalado:

*“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.**” (Negrilla fuera de texto original).*

[E]sta Superintendencia ha identificado, gracias a su propia experiencia y con apoyo en la doctrina y jurisprudencia internacional, que los proponentes en colusión pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas que cada oferente; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo; y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas.

*En línea con lo expresado por la **OCDE**, esta Superintendencia ha identificado una serie de señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria, entre otras, (i) observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones, (ii) entrega de varias propuestas por parte de una misma persona, (iii) datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes, (iv) observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas, (v) subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato, (vi) el adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos, (vii) potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón, (viii) retiro sistemático de proponentes al proceso, (ix) proponentes que se presentan constantemente y nunca son*

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

adjudicatarios, (x) proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.

[E]sta Superintendencia ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación, entre otras, **(i) posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia**, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta, **(ii) rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos, (iii) asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.**

Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual, entre otros factores, la facilitación de contacto entre proponentes – actuales o potenciales–.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICATIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio – Etapa de averiguación preliminar

[D]entro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo que conforma el régimen de protección de la libre competencia económica (conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011), que resulta casi íntegro en términos procesales. De manera previsible, el legislador dispuso que en lo no previsto en las normas procesales especiales que constituyen el régimen de protección de la libre competencia económica se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo –hoy Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-. A su vez, el Código de Procedimiento Civil –hoy Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso-, principalmente, en lo que tiene que ver con el régimen probatorio.

[E]n el procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia económica existe una etapa de averiguación preliminar, donde esta Superintendencia concreta la mayoría de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de la libre competencia económica, la cual se encuentra prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

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

Según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características procede entonces adelantar la averiguación preliminar, trámite que antecede al acto de apertura formal de la investigación con la formulación del pliego de cargos.

[L]a etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración que no está sujeta a formalidad alguna, no es obligatoria y tiene como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación, como lo ha reconocido el Consejo de Estado. Además, dicha etapa tiene carácter reservado y aún no se ha vinculado a ninguna persona, en la medida que los presuntos infractores no han sido identificados y, por lo mismo, en esta etapa existe una manifiesta imposibilidad fáctica y jurídica para notificar a una “persona determinada” de cualquier decisión de impulso de las funciones de inspección, vigilancia y control que se llegare a adoptar.

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

[E]s importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

[E]sta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de facultades constitucionales y legales para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

[J]ustamente, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, prevén que:

“Artículo 1. Funciones Generales. (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones. (...).”

En contraste con la fase de averiguación preliminar, a partir de la notificación personal del acto de apertura de la investigación y formulación de cargos se adquiere propiamente la calidad o rol de “investigado” y se cuenta con las oportunidades procesales establecidas en el régimen de protección de la libre competencia económica para ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción, tal y como lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 al señalar que “[c]uando se ordene abrir una investigación, se **notificará personalmente al investigado** para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria – Análisis y valoración en conjunto de las pruebas

[E]s preciso reiterar la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que, en 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. (...).” (Negrilla y subrayado 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 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.**” (Negrilla fuera de texto original).

[L]as conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia del acuerdo anticompetitivo general censurado, son el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio como sugieren algunos recurrentes con el propósito de alegar que no existe prueba que determine su responsabilidad.

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

[C]ualquier argumento de los recurrentes 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 prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional.

[N]o es de recibo el argumento presentado por los recurrentes en que afirman existió una violación del principio de adquisición de los actos procesales según el cual las actuaciones son parte del proceso, su eficacia es indivisible y sus efectos deben acogerse en lo favorable y desfavorable. Sobre el particular, se debe señalar que aceptar semejante postulación sería tanto como derogar por completo el artículo 176 del Código General del Proceso, según el cual las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

[S]ostener que el operador jurídico en el ejercicio de valoración probatoria debe limitarse simplemente a reconocer la eficacia de un medio probatorio en forma “indivisible” y aceptar sus efectos en lo favorable y desfavorable, es tanto como aceptar que examinar de forma individual o separada un medio de prueba sería un ejercicio suficiente para establecer la verdad de los hechos. Por el contrario, se requiere efectuar una confrontación o comparación recíproca de los distintos medios de prueba, para establecer sus concordancias y divergencias y, así, lograr conclusiones fundadas y claras sobre el conocimiento de los hechos que se pretenden demostrar y, en tal medida, apreciar la validez y credibilidad que transmite determinada prueba.

En razón a lo anterior, un ejercicio riguroso de valoración probatoria no puede conducir a desechar o desestimar sin más la eficacia de una declaración por el solo hecho de que en alguna parte de la versión que rinda el declarante exista alguna inconsistencia y, en ese mismo orden de ideas, no puede otorgarse plena eficacia probatoria a una declaración a sabiendas que alguna parte de la declaración es incoherente, no guarda correspondencia o se encuentra plenamente refutada por otros medios de prueba, casos en los cuales la versión del declarante debe someterse a un tamiz particularmente riguroso.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Régimen de protección de la libre competencia – Derecho administrativo sancionatorio - No comprende un régimen de responsabilidad objetiva

[L]a jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones, en relación con el ejercicio del ius puniendi del Estado, ha reclamado la presunción de inocencia y, en consecuencia, el principio de culpabilidad como elemento necesario que debe concurrir para la imposición de una sanción. Así, ha sostenido, en principio, que “[e]stá proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora”.

No obstante, el anterior planteamiento no es absoluto y dependiendo del tipo de infracción administrativa en diversos preceptos jurisprudenciales ha existido un desarrollo diferente. En unos, aceptando la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, en otros, matizando o atenuado el ámbito de la responsabilidad subjetiva en materia administrativa sancionatoria.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional sobre la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, ha señalado que “[e]n efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras).”.

[E]n el derecho administrativo sancionador, el principio de presunción de inocencia no tiene el mismo alcance y contenido que en materia penal, por cuanto se trata de ámbitos jurídicos con especificidades propias, en cuanto sus finalidades difieren sustancialmente.

[E]l régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva. En los mismos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo, sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención –dolo o culpa- de los infractores.

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

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

[E]sta Superintendencia ha afirmado en múltiples ocasiones, que en materia de derecho administrativo sancionador no es necesaria la determinación del factor subjetivo para efectos de la atribución de responsabilidad por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida, sin que ello implique un régimen de responsabilidad objetiva, como lo ha clarificado la jurisprudencia previamente referida.

[S]e ha considerado que “no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, **independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto**. Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)”. (Negritas fuera de texto original).

Aceptar una interpretación diferente como lo pretenden los recurrentes, equivaldría a exonerar de responsabilidad a aquella persona que realiza un acuerdo colusorio con la simple intención de beneficiar unas empresas que se encuentran pasando por un momento económico difícil o exonerar a aquella persona que prefiere obtener una adjudicación de un contrato estatal mediante un acuerdo colusorio, antes que se fracase el proceso de selección contractual (declaratoria de desierta), lo cual es a todas luces contrario al régimen de libre competencia económica.

[E]l argumento dirigido a señalar que las conductas imputadas carecen de todos los requisitos necesarios para la configuración de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no es más que un anhelo de los recurrentes por trasladar, una vez más, un componente propio del derecho penal al ámbito administrativo, que no puede ser patrocinado en esta sede. Los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que echan de menos, son exigencias propias para la configuración de una “conducta punible”, según lo previsto en el artículo 9 de la Ley 599 de 2000 - Código Penal Colombiano. Por tal razón, el argumento analizado carece de fundamento y es a todas luces improcedente, pues la configuración de la falta administrativa y la atribución de responsabilidad en materia de infracciones al régimen de protección a la competencia económica son diferentes, como se ha explicado y demostrado con suficiencia.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación del Estado – Responsabilidad de las personas naturales vinculadas a los agentes del mercado participantes del acuerdo colusorio

[E]sta Superintendencia hace énfasis en el hecho de que la sola pertenencia de una persona natural a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado y, por el contrario, tiene que existir algún elemento adicional que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión.

[N]o resulta suficiente para desligarse de responsabilidad en el régimen de protección de la libre competencia económica las simples afirmaciones de que únicamente se tenía “una relación laboral” o que “estaban sometidos al poder de subordinación constante de parte de la empresa contratante”, máxime cuando se ostentaba la condición de representante legal de una empresa, sin que ello implique que se traslade la carga de la prueba.

[E]sta Superintendencia ha señalado que es posible declarar la responsabilidad de las personas naturales cuando dentro de las investigaciones administrativas encuentre: **(i) prueba sobre una conducta activa; (ii) prueba sobre una conducta pasiva cuando existe evidencia directa del conocimiento de la infracción o (iii) prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o, por lo menos, debió haber conocido la comisión de la conducta de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios, y a pesar de ello no adoptó medida alguna para evitar o cesar la conducta**. Es precisamente en este último caso en el que nos encontramos frente a los recurrentes que alegan la supuesta existencia de un régimen de responsabilidad objetiva en la presente investigación.

[A]l tratarse de comisión de conductas pasivas o por omisión por parte de las personas naturales, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución, como también, a aquella persona que, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido la existencia de la práctica restrictiva de la competencia.

[L]a jurisprudencia administrativa ha indicado que “(...) la norma [numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992] considera como infracción desde las conductas activas, como **ejecutar o autorizar**, pasando por aquellas tangenciales, como **facilitar o colaborar** y llegando hasta las meramente permisivas, como **tolerar**”. Es así como, para determinar el estándar probatorio que permite establecer la responsabilidad de las personas

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

naturales, no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza de su participación (a través de conductas activas o pasivas), sino, además, el modo en el que opera la conducta anticompetitiva.

[L]a valoración probatoria en los casos de comisión de conductas pasivas o por omisión, no se lleva a cabo simplemente por el cargo que ocupan las personas naturales –como erróneamente lo sugieren los recurrentes– sino que está determinado por las funciones ejercidas por los investigados, las cuales al estar relacionadas con la representación legal de la empresa tienen una relevancia especial y constituyen un aspecto determinante en la identificación de su responsabilidad, pues existen ciertas funciones que repercuten de manera directa en el funcionamiento del agente de mercado y, con fundamento en ellas, se puede facilitar la ejecución de conductas anticompetitivas.

[E]ste Despacho considera importante detenerse en el desarrollo conceptual de uno de los principios que debe gobernar el actuar y la gestión de los representantes legales (administradores, miembros de junta directiva, entre otros), cual es, actuar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”.

[L]a diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores tiene como propósito asegurar no únicamente los intereses de sus asociados, sino también el bienestar de la sociedad. Esto es así, en razón a que precisamente la Constitución, en su artículo 333, dispone que la libertad económica y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y, a su vez, consagra que el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada debe enmarcarse dentro de los límites del bien común.

[N]o puede ser de recibo el argumento según el cual las responsabilidades de un representante legal únicamente se limita a las facultades expresas de los estatutos de cada organización o que simplemente el desarrollo de sus funciones se supedita a firmar cualquier clase de documentos. Todo lo contrario, en sus diferentes actividades su gestión siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada no solo a los estatutos sino también a la ley, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia.

De esta forma, en virtud de la exigencia que tiene un representante legal de una empresa de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, este debe procurar informarse suficientemente antes de tomar decisiones y, a su vez, verificar que esas decisiones estén ajustadas a la ley.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principios de legalidad y tipicidad – Colusión en procesos de contratación del Estado

[C]omo lo ha señalado abundante jurisprudencia sobre la materia, uno de los elementos que definen el 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).

Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho la Corte Constitucional ha señalado que la definición de Colombia como un Estado de Derecho 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 despliegan 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 en el presente caso existiera un desconocimiento de los principios comentados.

[L]a conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es una descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas. El fin de esta norma se dirige a reprochar y sancionar eventos en que los oferentes coluden para distorsionar un proceso de selección, pues la adjudicación del contrato no sería el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia.

[P]ara que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma jurídica que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

consideración la definición de “acuerdo” contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”.

En otras palabras, se censura que la elección va a realizarse en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes participantes no van a competir y la Estado escogerá la propuesta que en forma simulada se construyó para él y no aquella que un libre mercado en condiciones de competencia le puede ofrecer, tal y como sucedió en el presente caso.

[C]omo lo ha indicado esta Entidad en anteriores ocasiones, “[c]abe resaltar que cualquier forma de acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales o jurídicas) que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo las normas de competencia, sino también las normas que regulan la contratación estatal”. Como puede apreciarse, la alteración de las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, es una conducta que vulnera las normas que regulan la contratación pública y, así mismo, está proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principios de legalidad y tipicidad – Prohibición general – Conductas que la configuran

[E]sta Superintendencia, ha identificado tres diferentes conductas independientes que se encuentran descritas en la prohibición general contenida en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, las cuales son: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primera, 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, finalmente, (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

[E]s importante aclarar que se podrán identificar conductas que sin estar descritas en el Decreto 2153 de 1992, infrinjan lo establecido en la prohibición general. Efectivamente, en los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, además del acuerdo restrictivo de la competencia indicado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo general, también se está frente a la adecuación normativa de conductas anticompetitivas enmarcadas en la segunda caracterización de la prohibición general como son las “prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Procedimiento administrativo sancionatorio - Principio de imparcialidad

[E]s importante mencionar que el derecho sancionador habilita al Estado para ejercer su *ius puniendi* con la finalidad de reprimir comportamientos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico como contrarios a bienes jurídicamente protegidos, como en el caso de las conductas que contrarían las normas sobre protección de la competencia económica. En ese contexto, es indiscutible que el principio de imparcialidad tiene plena aplicación y, sin dudar, es exigible en cualquier trámite administrativo de carácter sancionatorio, sin que ello quiera decir que en el presente caso fue desconocido.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 establece que las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, **imparcialidad**, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Precisamente, en virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Desde esa perspectiva, en relación con el argumento presentado sobre la supuesta falta de imparcialidad, este Despacho puede evidenciar que son simples insinuaciones infundadas que se circunscriben a sugerir que, a juicio del recurrente, desde un comienzo se asumió una actitud parcializada. A efectos de analizar el desconocimiento del principio de imparcialidad resulta indispensable que los argumentos no se limiten a efectuar afirmaciones de carácter subjetivo, sino que se requiere de la identificación precisa de circunstancias fácticas, y la prueba de su ocurrencia, que permitan inferir su trasgresión y que demuestren que el servidor público tuvo algún interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso concreto de manera que se impidiera una decisión imparcial.

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública - Caducidad de la facultad sancionatoria – Conductas de carácter continuado o de tracto sucesivo

[L]a caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 es distinta e independiente de la declaratoria de caducidad de un contrato estatal o del “aniquilamiento de la relación contractual” previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, precisamente en razón a que la terminación de la relación contractual no significa per se la terminación de la conducta anticompetitiva, así lo demuestran casos como el analizado en esta oportunidad en que se evidenció un conducta general y sistemática que no se limitó a un único proceso de selección contractual.

[T]eniendo en cuenta que los procesos de selección que interesan en esta actuación administrativa iniciaron después de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, es claro que la regla de caducidad aplicable a este caso es la prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

“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 y subrayado fuera de texto original).

[N]o se puede olvidar que en el caso censurado en la Resolución Sancionatoria **existió una unidad del acuerdo restrictivo de la competencia** que abarcó los diferentes procesos de selección contractual que fueron objeto de investigación.

Lo anterior implica que las conductas desplegadas en los nueve (9) procesos de selección contractual objeto de investigación, no se dieron como consecuencia de un acuerdo anticompetitivo independiente para cada proceso de selección contractual investigado, como convenientemente lo pretenden los recurrentes para predicar de uno o algunos hechos la caducidad de la facultad sancionatoria, sino que existió un acuerdo general, inicialmente llevado a cabo entre servidores públicos y contratistas con el fin de adjudicar los procesos de selección que llevara a cabo el IDU en el periodo 2008-2012, específicamente los procesos de selección que tenían por objeto la reparación de la malla vial y las obras de valorización, que posteriormente tuvo su materialización a través de la coordinación de varios contratistas, quienes acordaron presentar más de una propuesta en cada proceso contractual con el fin de aumentar la probabilidad de ser adjudicatarios y así asegurar la ejecución del acuerdo realizado con los servidores públicos en los nueve (9) procesos de selección contractual.

[C]on fundamento en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, resulta determinante establecer si la conducta reprochada en este caso es de carácter instantáneo o, por el contrario, es una conducta de carácter sucesivo. Para ese propósito, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia, la conducta es instantánea cuando los hechos que la constituyen se consuman en un único momento, mientras que tiene carácter continuado cuando se constituye por una “pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configura la conducta descrita en la ley como sancionable”.

[L]as conductas de colusión como las que fueron objeto de análisis en la Resolución Sancionatoria son definitivamente continuadas o de tracto sucesivo y se prolongan hasta la declaratoria de desierto del proceso de selección, hasta la adjudicación o hasta la liquidación del último contrato afectado por el acuerdo anticompetitivo general, dependiendo de si resulta exitosa la estrategia de los infractores (como en este caso) o no (...).

[L]a 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, que en el presente caso es la liquidación del último contrato estatal afectado por el acuerdo colusorio general.

[L]a 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. Sobre la base de lo expuesto, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, la colusión en procesos de selección, prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por regla general es un comportamiento de carácter continuado en la medida en que normalmente reúne los tres elementos constitutivos expuestos.

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

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

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.).

[L]os actos que normalmente constituyen la colusión se extienden a lo largo de todas las etapas del proceso de selección contractual 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 los recurrentes 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).

Acerca 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 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.

[L]a colusión en procesos de selección es un comportamiento de carácter continuado, ejecutado por agentes que tienen la obligación de actuar independientemente y que está constituido principalmente por dos elementos: en primer lugar, por la supresión de la rivalidad entre los colusores con el propósito de liberarse de las presiones competitivas propias del concurso y, en segundo lugar, por la adopción de una serie de conductas encaminadas a repartirse entre ellos los beneficios que se deriven de esa supresión. Entre ese tipo de conductas normalmente se encuentran la celebración de subcontratos, la realización de pagos compensatorios, el desarrollo de nuevas licitaciones solo entre quienes se coludieron, la realización de ventas u otros negocios entre las partes del acuerdo y la formulación de aparentes reclamaciones para legitimar la repartición de beneficios, entre otras. Este tipo de comportamientos, como se puede apreciar, normalmente ocurren después de que alguno de los colusores resultó adjudicatario del contrato correspondiente.

[H]acen parte del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica materia de estudio, tanto los comportamientos encaminados a que alguno de los colusores obtenga la adjudicación del contrato correspondiente, como aquellos que tengan el propósito de repartir entre los colusores los beneficios derivados de la supresión de su rivalidad en aquellos eventos en que efectivamente ganan el contrato disputado.

La conclusión anotada –que está soportada en la literatura especializada en esta materia- encuentra sustento en un elemento característico de la colusión en procesos de selección que diferencia ese comportamiento de otro tipo de acuerdos que tienen lugar por fuera de esa clase de concursos: la manera en que se pacta entre los participantes la distribución de los eventuales beneficios que podría generar el comportamiento ilegal en cuestión.

[L]os pactos relacionados con la repartición de los beneficios esperados de la colusión, por definición, integran esa práctica restrictiva de la libre competencia económica. Por lo tanto, cada uno de esos comportamientos, en la medida que pueda ser individualizable y contribuya con la estructuración de los elementos constitutivos del comportamiento –previamente definidos-, debe ser considerado como un hecho constitutivo de la conducta ilegal. La consecuencia evidente de esta consideración es que, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el término de caducidad solo empezará a correr cuando se ejecute el último de esos comportamientos constitutivos de la colusión, aunque hubiera ocurrido con posterioridad a la adjudicación y celebración del contrato.

[A]ceptar la postulación de los recurrentes relacionada con que la última actuación de una colusión en procesos de selección es la adjudicación del contrato y, sobre esa base, que a partir de ahí empieza a correr el término de caducidad de la facultad sancionatoria conduce a resultados contraevidentes y, adicionalmente, prohibitivos para la protección del derecho a la libre competencia económica en el marco de procesos de selección.

Ciertamente, como quedó referido antes, la literatura especializada ha reconocido la existencia de una modalidad de colusión que consiste en que uno de los participantes del acuerdo obtiene la adjudicación en un

Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019. Recurso de reposición

proceso con la promesa de que permitirá que en un proceso posterior otro de los colusores obtenga el contrato correspondiente. Esa modalidad, de hecho, también aparece prevista en la normativa aplicable a este tipo de asuntos, pues el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 describe la colusión que tiene como efecto la “distribución de adjudicaciones de contratos” y la “distribución de concursos”.

A partir de lo anterior, que en una colusión como la evidenciada en el acto administrativo recurrido, se considere que la adjudicación en el primer proceso de selección es el último hecho constitutivo del comportamiento ilegal es, sin ninguna duda, una forma inadecuada de describir la realidad del acuerdo que medió entre los colusores. Supondría describir esa situación como una en la que los colusores celebraron diferentes acuerdos restrictivos de la libre competencia económica que resultaron independientes entre sí, aunque lo que demuestra el acervo probatorio obrante en el Expediente es que en realidad los diversos procesos de selección contractual que se repartieron hacían parte de un único acuerdo caracterizado porque la distribución de los beneficios se llevaría a cabo mediante la repartición de los diferentes procesos.

[A]ceptar los argumentos de los recurrentes implicaría que conductas sistemáticas como la evidenciada en el presente caso quedarían en la absoluta impunidad y, a su vez, se limitaría la posibilidad de que la autoridad de competencia pudiera garantizar la efectividad de la libre competencia económica. Ciertamente, en la práctica sería extremadamente difícil detectar una colusión por distribución de adjudicaciones a partir del análisis aislado de un único proceso de selección como lo pretenden los investigados, particularmente ese comportamiento que tiene carácter ilegal y, por tanto, secreto, hace relevante la información de contexto que otorga una pluralidad de procesos que aparecen repartidos entre los colusores según un patrón determinado que, en realidad, solo puede ser percibido cuando se tiene la perspectiva de un análisis conjunto de todos los casos en los que ha tenido lugar.

Es importante aclarar que si bien para determinar desde qué momento empieza a correr el término de caducidad es relevante analizar los mecanismos de compensación que los colusores hubieran pactado y ejecutado, ello no quiere decir que para sancionar ese comportamiento deba acreditarse que los colusores lograron “su cometido”, pues como con claridad se dispone en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la colusión es un comportamiento que es sancionable no solo por efecto sino que además por objeto, esto es, desde que se realiza una conducta coordinada idónea para limitar la libre competencia económica en el marco de un proceso de selección contractual.

[P]ara efectos de determinar el momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad en casos como el que se analizó en la Resolución Sancionatoria, es necesario establecer la existencia de comportamientos que, posteriores a la adjudicación y celebración del contrato correspondiente, sean individualizables y contribuyan eficientemente a la configuración de ese comportamiento ilegal, cuando en cabeza de uno de los colusores se da la adjudicación del contrato.

Esos comportamientos pueden consistir, entre otros, en subcontratos para compensar a los colusores que no obtuvieron la adjudicación, en pagos que se hagan con posterioridad a la celebración del contrato, en la repartición de procesos de selección y en otros muchos más, entre los que bien podrían incluirse la realización de pagos por parte del contratante al colusor que obtuvo el contrato correspondiente –pues por regla general esos pagos materializan la obtención de rentas explotativas derivadas de la colusión- y la liquidación del contrato de que se trate, puesto que, como lo ha precisado la jurisprudencia, ese acto es un corte de cuentas en el que se hace un balance económico, se define el estado de la relación entre las partes del contrato y en el que pueden hacerse los últimos pagos explotativos derivados de la colusión.