

**Radicación: 11-12476 – Caso “AEROCAFÉ”**

**Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición**

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Acuerdos contrarios a la libre competencia – Colusión en procesos de contratación pública.**

*[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 de la Superintendencia de Industria y Comercio 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.*

*[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 solo 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 también ha identificado una serie de señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria, entre otras: (i) similitud de errores en la propuesta; (ii) formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad; (iii) datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes; (iv) documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente; (v) subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato y (vi) proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.*

**Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición**

[E]sta Superintendencia ha identificado, entre otras, una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación, como pueden ser posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia. Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual, entre otros, se encuentra la facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales–.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRINGIDAS DE LA COMPETENCIA** – Valoración probatoria – Colusión en procesos de contratación pública – Prueba indiciaria - Vínculos preexistentes entre los participantes de un acuerdo colusorio

[V]ale 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.

(...). (Subraya y negrilla fuera del texto).

[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.*** (Subraya y negrilla fuera del texto).

[L]as conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de un acuerdo colusorio en que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas y que se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados, fueron el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio, que abarcó elementos de contexto y tuvo en cuenta pruebas que evidenciaron toda la coordinación de los investigados en los concursos de méritos objeto de estudio, desde la conformación de los consorcios hasta la existencia de una relación contractual de los agentes coludidos, posterior a los procesos de selección, bajo una coordinación que abarcó el componente económico de las ofertas y dejó en evidencia una serie de similitudes e identidades formales en las ofertas, que por su contundencia no lograron ser explicadas en forma razonable por ninguno de los investigados.

[E]ste tipo de vínculos societarios preexistentes no es en sí mismo reprochable por las normas de protección de la libre competencia económica, por el contrario, es una práctica común y deseable en cualquier actividad económica en virtud de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. De este modo, la cercanía comercial preexistente entre los investigados no se presentó para dar cuenta del comportamiento colusorio objeto de estudio, sino simplemente como un indicio que, desde una perspectiva lógica y de sana crítica, valorado en conjunto con el acervo probatorio obrante en el Expediente, hace más explicables y comprensibles los comportamientos de coordinación que configuraron propiamente el acuerdo colusorio.

El anterior entendimiento incluso ha sido ratificado por la jurisprudencia administrativa al señalar que la práctica colusoria por su naturaleza requiere previo conocimiento de quienes efectúen el acuerdo restrictivo de la competencia.

[C]omo se indicó en la Resolución Sancionatoria, esta relación comercial sustentada en vínculos societarios comunes resulta relevante en el caso analizado por esta Superintendencia, pues es un indicio que, valorado en conjunto con las demás pruebas que reposan en el Expediente, deja ver que los mencionados sujetos tenían

**Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición**

una cercanía entre sí y –en razón de ello- eventuales razones para favorecerse y beneficiarse mutuamente en el momento en que los hechos objeto de estudio tuvieron lugar.

[N]o es cierto lo indicado en los recursos por los impugnantes en relación con que no existen hechos probados que permitan llegar –por medio de indicios- a conclusiones acerca de la colusión sancionada, cuando es evidente que entre muchas otras pruebas, están acreditados unos vínculos societarios preexistentes entre los sancionados, circunstancia que, con otros elementos fácticos y probatorios, como lo ha considerado la propia jurisprudencia administrativa sobre la materia, hace más probable y permite establecer la incursión en conductas como las reprochadas en el acto administrativo recurrido.

**COLUSIÓN EN PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Conducta por objeto – Efectos anticompetitivos de la conducta**

Tal y como es reconocido por diferentes autoridades de competencia en el mundo y en la normatividad colombiana, los acuerdos anticompetitivos tienen diferentes modalidades. Algunos de ellos tienen como objeto y efecto la fijación o, en general, la afectación de los niveles de precio existentes en los mercados. Por el contrario, existen acuerdos cuyo efecto final resulta ser una afectación en los niveles de producción, en la calidad de los bienes y servicios, e incluso en los niveles de innovación, entre otros. Por último, existen acuerdos con efectos exclusorios, esto es, tendientes a eliminar a los competidores. Lo mismo sucede con los acuerdos colusorios en el marco de la contratación pública. Si bien la manipulación de concursos y licitaciones públicas puede tomar diferentes formas, lo cierto es que todas ellas impiden o restringen la posibilidad del Estado, es decir del comprador, de obtener bienes y servicios de la mejor calidad, al menor precio posible.

[E]l hecho de que en el presente caso los mercados afectados se revelaban como un **escenario propicio para que los diferentes participantes rivalizaran** con la finalidad de presentar la mejor propuesta a la entidad contratante bajo los factores propuestos como requisitos habilitantes. Es decir, existían claras condiciones de competencia que los diferentes proponentes tenían la obligación de respetar y, si bien en este tipo de contrataciones –concurso de méritos-, en ningún caso el precio se podrá incluir como factor de escogencia para la selección del contratista, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que **la “experiencia” representaba un factor determinante de competencia**.

[T]eniendo claro que la competencia puede lesionarse y distorsionarse, aun cuando el precio no resulta ser la variable de competencia de un mercado, como en el presente caso, es importante enfatizar que la contratación pública, en cualquiera de sus modalidades, resulta ser un componente importante en la actividad económica del país. De modo que, cualquier conducta que genere un impacto en la forma como el Estado contrata los bienes y servicios, genera desequilibrios y distorsiones en el gasto público, con lo cual debe ser categorizada como una de las conductas más graves violatorias del régimen de libre competencia económica.

Debe tenerse en cuenta que el impacto de la colusión en procesos de selección pública (“bid rigging”), constituye una práctica en extremo nociva para el Estado, pues como lo ha manifestado la OCDE en sus Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas:

“El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo.”

[S]i bien en el presente caso pudo no existir un efecto negativo directo sobre el valor de contratación, lo cierto es que la conducta censurada está relacionada con que la elección se realizó en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes coludidos no rivalizaron y la Entidad contratante terminó por escoger la propuesta que artificialmente se fabricó para ella y no aquella que el libre mercado le podía ofrecer de un número suficiente de oferentes que compitieran activa y auténticamente para suministrar lo requerido, máxime cuando existía un factor determinante de competencia, la “experiencia”. Por lo anterior, no es cierto que la conducta no sea anticompetitiva por el simple hecho de no estar dirigida a la afectación de los niveles de precios, tal y como lo aseguraron los recurrentes.

[T]al y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, es pertinente reiterar que: (i) el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no establece, como condición para la configuración de la conducta, que el acuerdo colusorio deba versar exclusivamente sobre el factor “precio” de los productos o servicios correspondientes, de manera que no existe ningún fundamento para asegurar que no pueden concretarse colusiones en procesos que no giren en torno a aquel factor de competencia y (ii) es natural que en el marco de concursos de méritos en los que el precio NO es un factor preponderante, los eventuales acuerdos anticompetitivos que se presenten no versen sobre tal aspecto, sino precisamente sobre aquellos factores que tengan más relevancia (como la experiencia, en este caso).

**Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición**

*[L]o que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes actúen coordinadamente (independientemente del factor alrededor del cual verse tal coordinación) en procesos de contratación estatal donde –por ley- están llamados a fungir como competidores y en el marco de una real rivalidad comercial, pues tal actuar concertado que busca determinar de manera ficticia las condiciones del mercado indefectiblemente modifica artificialmente los resultados de la correspondiente adjudicación y defrauda no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan transparentemente en la competencia por ese mercado.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – Principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio**

*[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 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.*

*En tal medida, la 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.*

*[E]l principio 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 entendimiento, la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como se dijo en la Resolución Sancionatoria, es una descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que*

**Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición**

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.

**COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA** – Principios de legalidad y tipicidad - Aplicación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 a todo proceso de contratación del Estado

[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 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”.

[S]e censura que la elección va a realizarse en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes participantes no van a competir y el 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, en que existió un acuerdo colusorio en que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas y que se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados.

[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”.

[L]a 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, norma que se caracteriza por su flexibilidad en la adecuación típica, como cualquier otra infracción administrativa, según se desprende de abundante jurisprudencia constitucional analizada previamente sobre la materia. Esto es así, entre otras razones, debido al posible, y a veces constante, cambio normativo en materia de contratación estatal y al carácter dinámico que experimentan los diferentes mercados.

[A]ceptar la tesis de los recurrentes en relación con que la descripción típica censurada no podía encuadrarse o tipificarse en un proceso de selección bajo la modalidad de selección de concurso de méritos en razón a su normatividad y características, sería tanto como aceptar que la competencia no tendría lugar en dicho escenario y que los proponentes podrían coordinar a su antojo el proceso de selección y distorsionar las condiciones de competencia o, más inaceptable aún, que la infracción contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 perdió vigencia al año siguiente de su promulgación con la posterior expedición, en ese entonces, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, lo cual es absolutamente inadmisibile.

Semejante planteamiento es a todas luces infundado ya que la descripción típica de las infracciones administrativas, dada su textura abierta y su flexibilidad, permite su actualización en razón de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.

[E]l encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, “licitaciones o concursos”, sino que por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos colusorios que tengan por objeto o efecto falsear la libre competencia, sin importar la modalidad de selección de que se trate. Tan es así que en otras ocasiones esta Entidad ha sancionado acuerdos colusorios realizados en procesos bajo la modalidad de selección abreviada.

De esta forma, los acuerdos colusorios que se presenten en la modalidad de selección de concursos de méritos o cualquier otra modalidad en que sean posibles condiciones de libre competencia, y cuando quiera que esta se obstruya, restrinja o distorsione, como el sancionado en el presente caso, sin lugar a dudas, serán reprochables y sancionables por esta Superintendencia.

[L]os argumentos presentados por los impugnantes relacionados con el supuesto desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad resultan absolutamente improcedentes, buscan una traslación mecánica del

**Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición**

*ámbito penal al administrativo, lo cual, desconoce que las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritas con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica. De ahí que para la administración exista un mayor grado de flexibilidad para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito; tanto así que el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. Además, tales planteamientos de los recurrentes pasan por alto el principio “del efecto útil de las normas” según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión en procesos de contratación pública – Libertad de asociación – Consorcios – Límites de la actividad económica e iniciativa privada**

*[T]anto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados.*

*[S]i bien es cierto que la figura jurídica de los “consorcios” corresponden al ámbito de la libertad de la actividad económica e iniciativa privada y está prevista legalmente en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, esto no quiere decir que la misma no esté sujeta a límites razonables cuando se trata de proteger intereses constitucionalmente relevantes (i.e. libre competencia económica). En este sentido, debe tenerse en cuenta que la misma constitución, en el artículo 333, establece que la libertad económica y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común.*

*[L]os “consorcios” y sus miembros individualmente considerados son destinatarios de las normas de libre competencia económica. Lo anterior implica que, no pueden ser utilizados como vehículos que, bajo el argumento de estar consagrados legalmente, desborden su propósito natural con la intención de falsear la competencia en los procesos de selección contractual y, por ende, se conviertan en una excusa para que sus miembros individualmente considerados se sustraigan indebidamente del cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia.*

*En el mismo sentido, esta Superintendencia al referirse sobre un argumento similar al analizado en esta oportunidad, ha considerado que:*

*“(…) el hecho de que el contrato de mandato sea una figura jurídica consagrada en la Ley no implica que con ella se puedan perpetrar conductas ilegales. Aceptar esa tesis equivaldría a legalizar conductas como el mandato de varios competidores para que un tercero fije los precios del mercado, cuestión que por el hecho de estar bajo el ropaje de un mandato no dejaría de ser un cartel de precios ilegal.” (Negrilla fuera de texto original).*

*Por su parte, la “Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales” de esta Superintendencia, es clara al señalar que:*

*“Las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales **están obligadas a desarrollar sus actividades dentro del marco del régimen de protección de la competencia, el cual prohíbe, entre otros, los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia.** Por lo tanto, una vez integrada la asociación por un número plural de sujetos, la misma adquiere los mismos deberes que cualquier otro particular en relación al régimen legal de protección de la competencia.*

*Lo anterior implica que a las asociaciones de empresas o gremios y a las asociaciones de profesionales **les está prohibido promover o ejecutar directamente acuerdos contrarios a la libre competencia, o servir de plataforma para que los mismos se pacten o ejecuten.**” (Negrilla fuera de texto original).*

*[S]i bien la libertad de asociación es un derecho fundamental, su ejercicio no puede ser abusivo, arbitrario, ni contrario a derecho. Por esto, se ha reconocido que las asociaciones de empresas (i.e. consorcios) tienen límites legales en el ejercicio de sus cometidos, dentro de los cuales está el régimen de protección de la libre competencia económica. La actuación de los “consorcios” y de sus integrantes individualmente considerados, debe ser respetuosa de los límites que establece el derecho de la competencia y, en consecuencia, deben abstenerse de promover o ejecutar acuerdos para restringir o falsear la libre competencia económica. De modo que el argumento presentado por los recurrentes en relación con la protección legal del “consorcio” derivada de su consagración legal y el supuesto desconocimiento del derecho a la libre asociación, no tiene mérito de prosperidad para justificar el acuerdo colusorio reprochado y sancionado.*

## Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición

**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”, tal y como lo refieren los recurrentes.*

*[E]l 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.*

*[L]a 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]sta Superintendencia ha afirmado en múltiples ocasiones, que en materia de derecho administrativo sancionatorio 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.*

*De este modo, se 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 (...).” (Negrillas fuera de texto original).*

*Aceptar una interpretación diferente 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 mediante un acuerdo colusorio, antes que ver frustrado el proceso de selección (declaratoria de desierta), lo cual es a todas luces contrario al régimen de libre competencia.*

*[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 del recurrente de 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 echa de menos el recurrente, 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.*

## Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019. Recurso de reposición

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria – Colusión en procesos de contratación pública – Conducta continuada**

*[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 fue la liquidación del contrato estatal que precisamente fue adjudicado a los proponentes coludidos.*

*[N]o pueden ser de recibo para este Despacho los argumentos de los recurrentes tendientes a indicar que operó la caducidad de la facultad sancionatoria y que existió mala fe o falsa motivación, pues compartir tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación acertada que ha realizado al respecto el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativo al analizar la caducidad de la facultad sancionatoria tratándose de conductas permanentes o continuadas.*

*[N]o existen razones para cambiar la posición en relación con que la contabilización del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, debe tomar en consideración el momento a partir del cual cesaron los efectos generados con la conducta. Así las cosas, si en el respectivo proceso de selección contractual se logró la adjudicación del contrato como consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia –como en efecto sucedió en este caso–, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe comenzar a computarse a partir de la liquidación del contrato estatal. Por el contrario, si no se logra la adjudicación del contrato estatal y resulta como ganador un tercero, el término de caducidad empezará a contarse a partir del acto de adjudicación. Así mismo, si el respectivo proceso de selección resulta frustrado será desde el acto administrativo que lo declare desierto.*

*[T]al y como se ha establecido en casos precedentes, es necesario tener en cuenta que las conductas anticompetitivas como las que se investigan en este caso no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas, sino que se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública y su posterior ejecución una vez adjudicado.*

*Aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas o del interés de participar o de las observaciones, sin que el mantenimiento de su participación o la interacción con la Entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, llevaría a desconocer que la presentación coordinada de una propuesta sigue constituyendo un comportamiento restrictivo y generando efectos en tanto se perpetúe la participación, especialmente en casos como el aquí analizado, en el que se actuaba conjuntamente desde la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas e incluso durante la fase de ejecución de los contratos objeto de estudio. De modo que los argumentos dirigidos a señalar que la caducidad debe contarse a partir del acto de adjudicación no son de recibo y resultan improcedentes.*

*Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, en la presente actuación administrativa quedó acreditado que la colusión que llevaron a cabo los investigados se configuró por una serie de comportamientos que se prolongaron hasta mucho más allá del momento de la adjudicación de los contratos materia de investigación.*

*[D]ebe indicarse que el argumento de los recurrentes según el cual reiteradas sentencias del Consejo de Estado han dicho que en materia de protección de la competencia, las entidades administrativas tienen un plazo máximo de 5 años para expedir, notificar y resolver los recursos es falso y resulta refutado por el propio 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.” (Subrayas fuera del texto original).

*[L]a propia Ley 1340 de 2009 dispone que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia se entiende ejercida dentro del plazo de caducidad si se notifica el acto administrativo sancionatorio y, en línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha considerado que no incluye los actos que resuelven los recursos ni la notificación de los mismos. En este orden de ideas, debe concluirse que la actuación, interpretación y fundamentación de esta Superintendencia en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia sobre la materia, por cuanto se ejerció la potestad punitiva dentro del término que la ley fija para tal propósito.*