

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Derecho a la libre competencia económica es un derecho colectivo de rango constitucional - 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.

[C]uando un determinado agente de mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

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

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

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

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

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

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

[L]a naturaleza de las normas sobre protección a la competencia tienen como finalidad la protección de bienes jurídicamente tutelados de gran relevancia, debiéndose reiterar, tal y como lo ha expuesto esta Entidad en diferentes oportunidades, que la colusión en los procesos de selección con el Estado representa diversos efectos negativos, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al limitarles la competencia y la participación en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

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

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

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

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

[L]a OCDE ha distinguido entre colusión y corrupción como formas a través de las cuales las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva en los procesos de contratación pública.

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

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

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

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

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

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

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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

En esa medida, algunas empresas, renunciando a un proceso competitivo, ofrecen sobornos para asegurar la adjudicación de contratos. Al respecto, la **OCDE** sostiene:

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

[L]a doctrina especializada reconoce el pago de sobornos como uno de los mecanismos por los cuales se manipulan los procesos de contratación pública.

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

(...)

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

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

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

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

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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

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

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria – Principio de unidad probatoria – Análisis en conjunto de las pruebas permite demostrar la existencia de la conducta anticompetitiva

[E]n Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

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

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado “unidad de la prueba”, en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...)”.

[L]a jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

“(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

“(...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero “... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso” (G.J. t. CCVIII, pág. 151).”

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

“(...) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, supone “la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995).

[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.

[R]especto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

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

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

*[L]as conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de un sistema restrictivo de la libre competencia económica que, en una primera fase, contempló la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo con la finalidad de garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** y, en una segunda fase, incluyó la ejecución de una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, materializada mediante la instrumentalización de diferentes contratos, que les permitió dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, implementar una estrategia de compensación a través de una adición contractual, con la finalidad de extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, 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 o se realizó una incorrecta valoración para determinar su responsabilidad.*

[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.

(...)

*[E]n la Resolución Sancionatoria se valoraron en su integridad no solo los relatos de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, sino las demás declaraciones, teniendo especial diligencia y precaución en que los aspectos sustanciales tuvieran plena convergencia y resultaran coincidentes y corroborados por el resto de medios persuasivos obrantes en el Expediente, por lo que los alegatos de los recurrentes con que pretenden restar eficacia probatoria a dicha declaración y a las conclusiones presentadas por este Despacho no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por completo.*

Aceptar lo contrario, implicaría desconocer que el operador jurídico en el ejercicio de motivar su decisión, 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.

[U]n 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, tampoco podría otorgarse plena eficacia probatoria a una declaración a sabiendas que alguna parte 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, tal y como puede apreciarse en la valoración efectuada en el acto administrativo recurrido.

(...)

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

[L]a jurisprudencia administrativa ha ratificado que no necesariamente debe existir una prueba directa de la participación en la conducta anticompetitiva, sino que el compromiso se puede deducir del conjunto de pruebas y evidencias, debido a que es normal que se elimine cualquier rastro en estos casos.

“En ese contexto, no es necesario que exista una prueba directa que de manera contundente demuestre la participación (...) en las prácticas anticompetitivas, sino que, **su compromiso se puede deducir del conjunto de pruebas y evidencias, que estudiadas en conjunto conducen a establecer que en efecto al aquí demandante sabía de las prácticas contrarias a la libre competencia desarrolladas** (...), pues las reglas de la experiencia llevan a concluir que es normal que en esta clase de actuaciones se hable en clave y se intente eliminar cualquier rastro que pueda conllevar a la demostración de la existencia de la cartelización.”

(...)

[C]omo con acierto lo ha sostenido la doctrina especializada, y tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, la prueba procesal no está formada, de ordinario, por un solo elemento, sino que, por lo común, se suele utilizar diversos medios de persuasión, de naturaleza heterogénea. De esa manera, con fundamento en la ley, se impone la obligación al operador jurídico, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, de hacer la evaluación tanto individual como conjunta de los diversos y heterogéneos elementos probatorios (declaraciones, testimonios, documentos, entre otros); y no de un solo medio de prueba; ni de dos o tres declaraciones simplemente.

[E]n casos de conductas anticompetitivas, en especial sistemas restrictivos de la competencia, debe existir una valoración integral de las actividades individuales de los investigados respecto de los hechos probados de la actividad de las empresas, puesto que sus comportamientos no pueden ser valorados como conductas aisladas. Sobre el particular, la jurisprudencia administrativa ha referido que:

“A efectos de lo anterior, las pruebas de las actividades individuales de los directivos sancionados, **deben estudiarse en conjunto con los hechos probados respecto de la actividad de las empresas, con el propósito de efectuar una valoración integral y evitar de esta manera caer en interpretaciones de los hechos como si fueran conductas aisladas de los particulares sin relación alguna con la actividad de la sociedad a la cual se encontraban vinculados.**”

Aceptar el planteamiento del recurrente sería tanto como aplicar una especie de abolido sistema de tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas, o en este caso el recurrente, en atención a la cantidad de declaraciones o la nacionalidad de los testigos, y que el operador jurídico simplemente tendría una función que puede considerarse mecánica, de suerte que no podría razonar a efecto de valorar las pruebas, lo que es completamente inadmisibles. Lo anterior se contrapone al sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el operador jurídico debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, como lo dispone el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, ejercicio que se realizó con suficiencia en la Resolución Sancionatoria.

PROHIBICIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 – Control competitivo – Responsabilidad de los controlantes

[L]os recurrentes incurren en una lectura equivocada e incompleta de la Resolución No. 42543 de 2020 con el propósito de desconocer su participación en la infracción administrativa. A efectos de desvirtuar el argumento planteado sobre el particular es menester efectuar una lectura completa y en contexto del aparte aludido por **CORFICOLMBIANA**. Sobre el particular, en acto administrativo en cuestión esta Superintendencia sostuvo lo siguiente:

“En virtud de lo anterior, esta Superintendencia encuentra mérito suficiente para declarar responsable a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (controlante de **CATALINSA**) en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, teniendo en cuenta ejecutó y autorizó la conducta imputada a **CATALINSA**.”

Ahora bien, a pesar de que la calidad de controlante sobre **CATALINSA** se encuentra plenamente demostrada en la presente actuación administrativa, el Despacho se apartará de la recomendación hecha por la Delegatura en su Informe Motivado de sancionar **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** como un agente de mercado en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009) y por incurrir en la conducta anticompetitiva prohibida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (Colusión en procesos de contratación pública).

Para el Despacho, esta conducta solo puede ser cometida por los agentes del mercado que efectivamente concurren a los procesos de selección contractual del Estado y no por otros agentes que no participan en ellos, a pesar de que puedan ejercer un control competitivo sobre los primeros. **Esto difiere de otras conductas**

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

anticompetitivas en las que los controlantes sí pueden ser declarados responsables como agentes del mercado, como puede suceder en los casos de la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.”

[U]na simple lectura integral de los párrafos precedentes y posteriores, que fueron omitidos convenientemente por el recurrente a efectos de fundamentar su argumento, permite advertir que, en ese caso, el investigado sí fue sancionado con fundamento en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, teniendo en cuenta que ejecutó y autorizó la conducta imputada al agente de mercado, razón por la cual no se le podía sancionar como un agente de mercado en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

[E]s posible evidenciar que si bien en dicho acto administrativo se sostuvo que la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 solo puede ser cometida por los agentes de mercado que efectivamente concurren a los procesos de selección contractual del Estado y no por otros agentes que no participan en ellos, a pesar de que puedan ejercer un control competitivo sobre los primeros, también se aclaró que ello difiere de otras conductas anticompetitivas en las que los controlantes sí pueden ser declarados responsables como agentes del mercado, como puede suceder en los casos de la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, tal y como ocurrió en el presente caso.

[T]anto en la Resolución de Apertura de Investigación como en la Resolución Sancionatoria los reproches efectuados a **CORFICOLMBIANA** y **EPISOL** son completamente escindibles y, si bien una puede ejercer control sobre la otra, lo cierto es que cada agente de mercado intervino en diferentes momentos del sistema anticompetitivo, concurrió en otros y, aun cuando su comportamiento fue plenamente coordinado, cada infractor contribuyó en forma autónoma e independiente en la ejecución del sistema anticompetitivo sancionado con fundamento en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – La participación de un cartelista, así sea menor, no desdibuja su responsabilidad en la conducta colusoria, ni la existencia de la misma

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

[L]a jurisprudencia administrativa ha señalado recientemente que este tipo de conductas cartelistas constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos:

“(…) este tipo de infracciones no son realizadas por una sola persona, en efecto, los acuerdos empresariales, implican la participación no solo de dos o más personas jurídicas, sino, **además, de los empleados de estas que son quienes realizan dicha concertación**, en la medida que, si bien una empresa constituye una persona jurídica, ficción que la hace sujeto de derechos y deberes; lo cierto es que **materialmente actúa por conducto de las personas naturales que en ella laboran, quienes son las que toman las decisiones y realizan los pactos irregulares**.

En ese orden de ideas, **una conducta cartelista constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos, sin que se puedan desligar estos últimos de la actividad ilícita de la empresa.**”

PROHIBICIÓN GENERAL – Materialización del sistema anticompetitivo reprochado – Ofrecimiento de retribución económica para asegurar la adjudicación de un contrato

[I]ncluso si se aceptara en gracia de discusión que el acuerdo estaba encaminado únicamente a garantizar supuestamente condiciones de objetividad, no por ello perdería su carácter de anticompetitivo. En efecto, un acuerdo como el evidenciado, y aun cuando supuestamente pretendiera el estricto cumplimiento del pliego de condiciones en la licitación, tiene toda la potencialidad o suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado. Lo anterior es razón suficiente para rechazar de plano los argumentos presentados por recurrentes en sus escritos de reposición con que infructuosamente intentan, nuevamente en esta sede, evadir su responsabilidad al señalar que no se afectó la competencia al interior del proceso de selección.

La anterior conclusión en el acto administrativo recurrido encontró fundamento en un análisis a partir de las máximas de la experiencia, que como lo ha señalado la jurisprudencia no solo constituyen “una importante expresión de la sana crítica” en la valoración probatoria, sino que además permite “explicar eventos semejantes

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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

[L]os argumentos presentados por recurrentes dirigidos a alegar que no se afectó el principio de selección objetiva o igualdad frente a los demás competidores tampoco tienen ningún mérito de prosperidad. En efecto, la infracción a la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, a partir de la cual se censura el sistema anticompetitivo y, en su primera fase, el acuerdo ilegal analizado a la luz del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, debe “(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece”, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).

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

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

[E]ste Despacho debe reiterar, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, que la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el Sector del 2 del Proyecto Ruta del Sol, en que no solo se tenía como finalidad garantizar la adjudicación, sino también “descalificar cualquier grupo o consorcio”, generó un alto impacto debido a que la CONCESIONARIA no tuvo ningún incentivo en competir —ofrecer mejores condiciones o presentar una propuesta “más agresiva”—. En otras palabras, la conducta analizada no afectó solamente a los demás oferentes que participaron y vieron defraudadas sus expectativas por rivalizar sanamente en busca de la adjudicación del contrato estatal, sino que consecuentemente tuvo un efecto negativo para la entidad estatal, que no pudo recibir más y mejores ofertas económicas, generando ineficiencia en su proceso contractual y un evidente desequilibrio en su gasto público.

[L]os argumentos presentados por los recurrentes para cuestionar las conclusiones derivadas de la materialización del acuerdo anticompetitivo a partir de una supuesta indebida valoración probatoria dirigidos a señalar que no existió una afectación a la libre competencia económica no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan completamente por improcedentes.

PROHIBICIÓN GENERAL – Materialización del sistema anticompetitivo reprochado – ejecución de tareas por interpuesta persona no exime de responsabilidad a quien tiene control de la conducta

[L]a eventual ejecución de alguna tarea por interpuesta persona en la comisión de una conducta anticompetitiva no sirve de excusa a su determinador o a quien tiene dominio de la misma a efectos de eludir su intervención o nivel de participación en la misma. Por el contrario, ese tipo de particularidades denota el grado sofisticación propio de algunos sistemas anticompetitivos, como el reprochado en el acto administrativo recurrido, que diseñan su funcionamiento valiéndose convenientemente de su estructura empresarial con el ánimo de difuminar cualquier responsabilidad o atribuirla a terceros, al ser descubiertos.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Prohibición general – sofisticación de los sistemas y acuerdos anticompetitivos – ausencia de prueba directa de los aspectos que conforman el sistema anticompetitivo no excusa la responsabilidad de los involucrados

[C]on las particularidades advertidas en el presente caso, y las diferentes conductas que se encuentran plenamente probadas en el marco del sistema anticompetitivo, la ausencia de prueba directa sobre los aspectos

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

que echan de menos los recurrentes, lejos de excusar la responsabilidad de las empresas involucradas, corroborar el funcionamiento de un sofisticado entramado criminal que permitía no dejar rastro de las operaciones clandestinas que se ejecutaban, máxime cuando su principal artífice —**LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**— reconoció el pago del reembolso a través de **DCS MANAGEMENT** y existen evidencias que indican que **ODEBRECHT** destruyó información contable relacionada con los referidos pagos. Sobre el particular, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** confesó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le reveló que “(...) ellos [**ODEBRECHT**] habían destruido parte de esa información antes de la llegada de la Policía Federal a sus oficinas en Brasil”.

[A]ceptar los argumentos de los recurrentes en cuanto a la demostración absoluta de todos y cada uno de los detalles o aspectos ejecutados en virtud de un acuerdo ilegal, no solo es un anhelo imposible de alcanzar en cualquier tipo de proceso, sino que además olvida que las máximas de la experiencia enseñan que nunca o casi nunca ese tipo de acuerdos suele celebrarse por escrito y, menos aún, sus perpetradores suelen dejar rastros que los comprometan durante su ejecución. De modo que ese tipo de detalles, por ejemplo, si el reembolso ingresó contablemente a **ODEBRECHT**, resultan excesivos o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto que demuestran su cabal cumplimiento.

Precisamente, la jurisprudencia administrativa ha ratificado que “(...) las reglas de la experiencia llevan a concluir que es normal que en esta clase de actuaciones se hable en clave y se intente eliminar cualquier rastro que pueda conllevar a la demostración de la existencia de la cartelización.”

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Comportamiento de los participantes en el acuerdo anticompetitivo

La posición asumida por los recurrentes es absolutamente contradictoria con otros argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en que expone su amplia trayectoria y estándares éticos, y además resulta inverosímil de cara al material probatorio presentado en la Resolución Sancionatoria que una empresa durante tantos años simplemente resulte engañada por parte de uno de sus socios en el giro ordinario de sus negocios. Así, los aparentes comportamientos o muestras de debida diligencia, aun cuando tuvieran esa intención, resultan refutados por las diferentes actuaciones de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para la época de los hechos, lo que corrobora la activa participación de los recurrentes en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se materializó través de la instrumentalización de diferentes contratos.

[T]al y como se logró establecer en el acto administrativo recurrido, el 25 de junio de 2015, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** le comunicó directamente a **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien era su presidente para esa época, la existencia de unos “casos especiales de contratación” que entre 2013 y 2015 no cumplían con el procedimiento de compras y suministros de la **CONCESIONARIA**. Incluso, solicitó a la “Presidencia como las áreas responsables de administración de la adquisición de bienes y servicios” que se realizaran los “correctivos de forma inmediata”.

Ese comportamiento de quien era el presidente de **CORFICOLOMBIANA** en esa época, no se compadece con el grado de responsabilidad, mayor esfuerzo y alta exigencia que, en ejercicio de su gestión, decisiones y actuaciones, se le exige a quien conduce una empresa, máxime cuando en “el primer semestre de 2010” cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** le comunicó sobre irregularidades en la transacción con **DCS MANAGEMENT**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** le ordenó que se efectuaran esos pagos pese a sus irregularidades y le instruyó a que “lo correcto era proceder a firmar” e incluso en 2014 cuando nuevamente le advirtió sobre irregularidades en algunos pagos simplemente le indicó “que no volviera con esos temas”. Ninguno de esos comportamientos corresponde con un actuar oportuno y cuidadoso para verificar que el giro ordinario de la inversión que representaba el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol para **CORFICOLOMBIANA** estuviera ajustado a la ley, en este caso el cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia económica.

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

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

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

Precisamente, al respecto el Tribunal de Justicia Europeo, en el caso Aalborg Portland y Otros Vs Comisión de la Comunidad Europea, afirmó lo siguiente:

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

[L]os argumentos esgrimidos por los recurrentes convenientemente desconocen que en diferentes ocasiones y por parte de diferentes personas, no solo pertenecientes a **CONSOL** sino también a la **CONCESIONARIA, JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para la época de los hechos, tuvo pleno conocimiento de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares ejecutada durante la segunda fase del sistema anticompetitivo, por lo que sus argumentos resultan completamente infundados.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – La conducta anticompetitiva de las empresas participantes se compone por el actuar de las personas vinculadas a estas

[E]n sede administrativa al determinar la infracción de las normas que protegen la libre competencia económica existen diferentes pruebas que permiten corroborar que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, los comportamientos atribuidos a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no son ajenos y se encuentran completamente vinculados con **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**.

[L]a jurisprudencia administrativa considera que si bien una empresa constituye una ficción jurídica, materialmente actúa por intermedio de las personas naturales que en ella laboran, toman las decisiones y realizan los pactos irregulares.

“(…) si bien una empresa constituye una persona jurídica, ficción que la hace sujeto de derechos y deberes; lo cierto es que materialmente actúa por conducto de las personas naturales que en ella laboran, quienes son las que toman las decisiones y realizan los pactos irregulares.

En ese orden de ideas, **una conducta cartelista constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos, sin que se puedan desligar estos últimos de la actividad ilícita de la empresa.**”

[L]a propia jurisprudencia citada rebate por completo la postura de los recurrentes debido a que aquellos sujetos con poder de decisión que participan en conductas anticompetitivas no pueden desligarse de la actividad ilícita de la empresa, máxime cuando en la Resolución Sancionatoria se presentaron diferentes pruebas que permiten corroborar la participación directa de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en la ejecución del sistema que restringió la libre competencia económica.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de congruencia – Imputación en la Resolución de Apertura - Colusión en procesos de contratación del Estado – Prohibición general

[M]ediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron a los agentes de mercado investigados los cargos de:

(i) infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas);

(ii) infracción prevista en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 (prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia).

Por su parte, las personas naturales investigadas fueron imputadas con el cargo de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas ya mencionadas e imputadas a los agentes de mercado.

Las anteriores imputaciones tuvieron como actuación previa la tramitación de una averiguación preliminar, en la cual se recogieron diversas pruebas con el fin de verificar información y lograr determinar si existía mérito o no para abrir la investigación formal e imputar cargos, situación común en las actuaciones que por prácticas restrictivas de la competencia adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en cumplimiento del procedimiento previsto en las normas especiales y en el estatuto procesal administrativo aplicable.

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

[E]l cargo formulado a los recurrentes en ningún caso se suscribió o limitó únicamente a hechos que rodearon la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 o a un acuerdo anticompetitivo, sino que además se imputó fácticamente toda una dinámica consistente en suscribir contratos que carecían de soporte para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en virtud del acuerdo anticompetitivo, y dado que esos pagos adicionales seguían la misma lógica que caracterizó el referido pago, en la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente que era posible atribuirle propósitos similares, asociados con garantizar no solo la adjudicación del contrato sino, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de adiciones contractuales, tal y como se encontró probado con suficiencia en la Resolución Sancionatoria. Por lo que incluso es suficiente con leer la Resolución de Apertura de Investigación para advertir que no existe ningún desconocimiento del principio de congruencia o que se desfiguró o desbordó el cargo inicial.

[L]a imputación fáctica en la Resolución de Apertura de Investigación tampoco estuvo limitada a los “pagos irregulares” realizados a **PROFESIONALES DE BOLSA** y **CONSULTORES UNIDOS**, sino que también involucró, se insiste, toda una dinámica de suscribir contratos que carecían de soportes o debida justificación para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, no solo con el propósito de garantizar su adjudicación, sino en etapas posteriores con garantizar el éxito de adiciones contractuales, pagos que se encontraban relacionados con los contratos suscritos con **RGQ LOGISTIC**, **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA**, **INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**, según se logró establecer a partir de una análisis en conjunto del material obrante en el Expediente.

[E]sa dinámica de instrumentalización de contratos fue transversal a toda la ejecución del sistema anticompetitivo debido a que, por ejemplo, el contrato con **DSC MANAGEMENT** se auspició, celebró, ejecutó, cedió y liquidó, antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, lo que ratifica la sistematicidad de la conducta imputada y sancionada. De modo que este Despacho no puede patrocinar los argumentos de los recurrentes dirigidos a restringir el componente factual de la imputación a ciertos pagos irregulares.

[L]os recurrentes con el propósito de sostener que únicamente la “infracción se refería a la supuesta alteración del proceso de licitación pública SEA-LP-001-2009 del Sector 2 de la Ruta del Sol” realizaron una interpretación descontextualizada y una cita incompleta de la Resolución de Apertura de Investigación.

En efecto, una simple lectura integral de los párrafos posteriores, y que fueron omitidos por los recurrentes, permite evidenciar que las “prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009” estaban relacionadas con el “aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos” y no con los hechos que fueron objeto de sanción respecto de la imputación denominada “**PAGO SOBORNO**”.

[E]n cuanto a la imputación jurídica de la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, los hechos relacionados con el “aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos”, fueron encuadrados bajo la caracterización de una “práctica” tendiente a limitar la libre competencia. En forma independiente y diferente, los hechos objeto de sanción en la Resolución No. 82510 de 2020 fueron imputados jurídicamente, además del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, bajo la caracterización de un “sistema” tendiente a limitar la libre competencia.

[L]os recurrentes con el propósito de sostener que únicamente la “infracción se refería a la supuesta alteración del proceso de licitación pública SEA-LP-001-2009 del Sector 2 de la Ruta del Sol” realizaron una interpretación descontextualizada y una cita incompleta de la Resolución de Apertura de Investigación.

[U]na simple lectura integral de los párrafos posteriores, y que fueron omitidos por los recurrentes, permite evidenciar que las “prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009” estaban relacionadas con el “aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos” y no con los hechos que fueron objeto de sanción respecto de la imputación denominada “**PAGO SOBORNO**”.

[E]n cuanto a la imputación jurídica de la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, los hechos relacionados con el “aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos”, fueron encuadrados bajo la caracterización de una “práctica” tendiente a limitar la libre competencia. En forma independiente y diferente, los hechos objeto de sanción en la Resolución No. 82510 de 2020 fueron imputados jurídicamente, además del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, bajo la caracterización de un “sistema” tendiente a limitar la libre competencia.

[D]ebe indicarse que las resoluciones de apertura de investigación, nunca contienen obligatoriamente una transcripción exhaustiva de todas y cada una de las pruebas obrantes en un expediente, en razón a que las normas de procedimiento para este tipo de actuaciones establecen que tan solo es requerido que contengan

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

las pruebas que permitan sostener la necesidad de iniciar una investigación formal, tendiente a demostrar si las presuntas conductas anticompetitivas en efecto se cometieron, y no necesariamente una mención y valoración de todas y cada una de las pruebas recaudadas.

[E]l inciso primero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, señala que “Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su (sic) solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación”. Por lo tanto, la apertura de investigación, lógicamente, solo puede indicar las conductas o cargos imputados y los hechos que hasta ese momento resultan suficientes para que esta Superintendencia considere necesario realizar dicha imputación, pero jamás una transcripción de todos los elementos probatorios que hacen parte de un expediente formado por la etapa previa de indagación preliminar, pues ello sería absurdo.

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

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

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

[U]na resolución de apertura de investigación no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación fáctica y jurídica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente. Todo obliga a que al momento de la sanción se haga una valoración jurídica de todas las pruebas que obran en el expediente, que hayan sido regular y oportunamente allegadas y frente a las cuales los investigados pudieron controvertirlas, para establecer si se ha realizado o no una conducta contraria a la norma que se imputa como transgredida, tal y como se ha explicado anteriormente y con suficiencia.

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

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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

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

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

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

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

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de congruencia – Imputación en la Resolución de Apertura – Declaraciones y comunicados de prensa – Compulsa de sentencia judicial para adelantar una averiguación preliminar

[L]os esfuerzos de los recurrentes en tratar de limitar la imputación fáctica y jurídica a partir de las declaraciones referidas por un servidor público en un medio de comunicación también resultan completamente infructuosos en esta sede de reposición.

*[S]emejante planteamiento desconoce las más elementales nociones del derecho administrativo, debido a que olvida que el acto administrativo —y no pronunciamientos en una rueda de prensa— es la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, que como expresión del *ius puniendi*, en el caso del procedimiento administrativo sancionatorio, se concreta en una resolución de apertura de investigación, a partir de la cual es que se puede establecer válidamente una relación factual y jurídica con la decisión final para determinar si existe o no congruencia.*

[L]a atribución de competencias prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, otorga otra razón, apenas obvia, para descartar el planteamiento de los recurrentes. En efecto, de conformidad con el procedimiento administrativo especial, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el competente para instruir la investigación y quien adopta la decisión final es el Superintendente de Industria y Comercio. En ese sentido, en la fecha de la referida rueda de prensa —14 de septiembre de 2018—, en que supuestamente el aludido Superintendente de Industria y Comercio de la época entregó declaraciones que, a juicio de los recurrentes, limitarían la imputación fáctica, quien tenía competencia sobre la investigación era el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, e incluso el aludido ex Superintendente de Industria y Comercio ni siquiera adoptó la decisión final.

[N]o resulta de recibo para este Despacho tratar de limitar la imputación a partir de las manifestaciones que una rueda de prensa realizó un servidor público, que ni siquiera avocó competencia en el trámite administrativo con posterioridad de la Resolución de Apertura de Investigación, máxime cuando, se reitera, la manifestación de la voluntad de la administración se concreta a través de actos administrativos, por lo que las particularidades de la imputación fáctica y jurídica se encuentran precisadas y definidas en la Resolución No. 67837 del 13 de

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

septiembre de 2018, donde la imputación fáctica nunca estuvo limitada a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, tal y como se demostró con suficiencia.

[L]os recurrentes también indicaron que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en una providencia proferida en una acción popular también entendió que supuestamente la imputación se había limitado a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[U]na providencia judicial no tiene la virtualidad de limitar o interpretar la Resolución de Apertura de Investigación, máxime cuando el proceso constitucional —acción popular— en que se profirió, aunque se trataba del derecho colectivo de la libre competencia, no tenía el mismo objeto del presente trámite administrativo y, más aún, el acto administrativo definitivo que se profiera en esta actuación administrativa es el que podrá ser objeto de control posterior ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo —nulidad y restablecimiento del derecho—.

[A]un cuando las consideraciones de una providencia judicial no tienen el carácter de determinar la imputación fáctica ni jurídica realizada en la Resolución de Apertura de Investigación, lo cierto es que una lectura en contexto de la referida providencia, permite apreciar que la interpretación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, no fue que la imputación estaba limitada a hechos previos a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sino que a su juicio existieron otros hechos colusorios posteriores (...).

[E]l entendimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es que, a partir de las pruebas que tuvo la oportunidad de analizar, podrían existir conductas irregulares que tenían como propósito que la vía Ocaña - Gamarra no fuera objeto de licitación pública, sino que la misma recibiera el tratamiento propio de una adición al referido contrato de concesión para “eludir el procedimiento administrativo de licitación pública” con el propósito de evitar la concurrencia de competidores.

Distinto a la conducta irregular advertida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Resolución Sancionatoria, en el marco de la imputación fáctica, reprochó la estrategia ilegal desplegada para garantizar el éxito de la adición contractual con la intención de extraer ilegítimamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. (...)

[L]os hechos reprochados por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria no solo son completamente diferentes a las conductas irregulares advertidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y que lo llevaron a compulsar copia de la sentencia para que se adelantaran las averiguaciones respectivas, sino que además se ubican temporalmente con posterioridad a que la vía Ocaña – Gamarra recibiera el tratamiento de una adición contractual para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y, en armonía con la imputación fáctica realizada en la Resolución de Apertura de investigación, estuvieron relacionados con la materialización de una estrategia para asegurar el éxito de la referida adición. (...)

[A]un cuando las consideraciones de una providencia judicial tuvieran el carácter de condicionar los hechos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación, lo cierto es que las conductas que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca advirtió como irregulares no son las mismas que fueron sancionadas en la Resolución Sancionatoria, debido a que estas fueron completamente congruentes con los hechos imputados. De ese modo, no les asiste razón a los recurrentes al señalar que a partir de la compulsión de copias de la sentencia es dable inferir que la imputación fáctica se limitaba únicamente a hechos colusorios de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[N]o tiene mérito de prosperidad el argumento dirigido a señalar que la cantidad de referencias a las expresiones “adjudicación” o “licitación” empleadas en la Resolución de Apertura de la Investigación representa una razón para entender que la imputación fáctica únicamente se limitaba a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

[S]emejante planteamiento resulta completamente infundado para alegar la aludida incongruencia y es completamente alejado de una lectura completa de la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018. Aceptar esa postulación sería tanto como olvidar que, con fundamento en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, la imputación fáctica contenida en el acto administrativo mediante el cual se formulan cargos se determina es con la indicación precisa y clara de los “hechos”, y no de un conteo descontextualizado de ciertas expresiones al arbitrio de los recurrentes.

[E]l particular entendimiento respecto a que el componente factual de una imputación se encuentra determinado a partir de la cantidad de ciertas expresiones o palabras sobre algún aspecto, únicamente representa una lectura en extremo desfragmentada y aislada que constituye simplemente un esfuerzo fallido en tratar de alegar una supuesta incongruencia con que convenientemente se pasa por alto que, en un sinnúmero de ocasiones, en la Resolución de Apertura de Investigación también se empleó la expresión “ejecución” para referirse a aspectos relacionados con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

[L]a cantidad de ocasiones en que se emplearon las expresiones “adjudicación” o “licitación” no puede constituir en una razón de la cual se derive válidamente que la imputación se limitó a ciertos hechos, máxime cuando el Informe Motivado precisó, y sobre todo reiteró, que las conductas reprochadas se “materializaron antes, durante y con posterioridad a su adjudicación”.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio non bis in ídem- Prohibición General – Colusión en procesos de contratación pública

[E]s importante anotar algunas nociones y presupuestos del principio del non bis in ídem. Dicho principio se encuentra previsto en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos también tiene consagración expresa en nuestra Constitución Política. En virtud de esa garantía existe una prohibición de doble incriminación, doble juzgamiento y doble sanción por un mismo hecho o circunstancia.

[L]a jurisprudencia de la Corte Constitucional al analizar su alcances ha considerado que esta prohibición no impide que la conducta objeto del reproche pueda dar lugar a diversas investigaciones, siempre y cuando cada una de estas atiendan a los siguientes criterios: **(i)** que la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; **(ii)** que las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; **(iii)** que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; **(iv)** que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad.

[L]a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la aplicación del principio del non bis in ídem presupone identidad de sujeto, objeto y causa o fundamento, (...).

Así mismo, es relevante mencionar que el principio del non bis in ídem no es exclusivo del ámbito penal sino que es extensivo a todo el universo del derecho administrativo sancionatorio, lo que incluye los procedimientos administrativos que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que ello quiera decir que el presente caso este llamado a operar.

[D]ebe recordarse a los recurrentes que la imputación jurídica respecto a los hechos que fueron objeto de sanción en la Resolución No. 82510 de 2021 no fue alternativa entre un acuerdo proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 o la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 bajo la caracterización de un sistema tendiente a limitar la libre competencia.

Por el contrario, en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018 se resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra los agentes del mercado relacionados en el cuadro que se presenta a continuación para determinar si, en los términos señalados en este acto administrativo, incurrieron en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos de la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 (...).”

Como puede apreciarse, en la parte resolutive de la Resolución de Apertura de Investigación al referirse a las imputaciones jurídicas se empleó con absoluta claridad una conjunción copulativa —que no disyuntiva— para referir que los investigados, a partir de la imputación fáctica efectuada, podrían haber incurrido “en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959”.

De tal modo, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. (...).”

[E]sta Superintendencia y la propia Corte Constitucional han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959: **(i)** la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; **(ii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y **(iii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

[E]l artículo 1° de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica, procedimiento o **sistema que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un**

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

mercado. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

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

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

[D]adas las particularidades de las conductas que fueron objeto de reproche en la Resolución Sancionatoria, si bien el acuerdo proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 tiene su propia identidad y existencia, lo cierto es que su juicio de desvalor se encuentra subsumido en el juicio de desvalor de la conducta prevista en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. No puede olvidarse que los hechos sancionados desbordan en forma previa, concomitante y posterior el acuerdo anticompetitivo proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que se encontró plenamente probado en el presente caso, abriendo paso también a la configuración de la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 bajo la caracterización de sistema tendiente a limitar la libre competencia económica.

[U]n “sistema” que restringe la libre competencia económica es una conducta anticompetitiva sumamente compleja que puede estar integrada por la unión de diferentes acciones u omisiones —acuerdos, dinámicas, estrategias, entre otras—, en que cada comportamiento considerado individualmente también podría resultar anticompetitivo en forma autónoma, pero que al reprocharlos en su unidad de intención, y dado su encadenamiento, en que algunos comportamientos son medio necesario para la ejecución de otros, como conducta compleja, el sistema anticompetitivo absorbe el desvalor de sus componentes. De ahí que la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no tenga un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

Lo anterior no es óbice para que, en plena consonancia con la imputación fáctica y jurídica efectuada en la Resolución de Apertura de Investigación, esta Superintendencia considere que algunos hechos concretos se encuadran, por ejemplo, en algún acuerdo anticompetitivo tipificado autónomamente, o incluso se reproche un acuerdo, que aun cuando no tenga la riqueza descriptiva de los previstos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, constituya una parte integrante o componente de un sistema anticompetitivo.

[N]o les asiste razón a los recurrentes al sostener que cuando unos mismos hechos se consideran tipificados de manera simultánea en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, existe un desconocimiento del principio del non bis in ídem. Semejante planteamiento desconoce por completo que esa posibilidad no solo es fácticamente posible, como se advirtió previamente, sino también olvida convenientemente que en materia penal, escenario más estricto de aplicación del referido principio, el que unos mismos hechos se tipifiquen de manera simultánea en diferentes normas jurídicas, no representa una doble incriminación o juzgamiento.

En efecto, el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, consagra en esos casos, la institución del “curso de conductas punibles” relacionada con el principio de unidad de acción que tiene lugar, según define la misma norma, siempre que “con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición (...)”.

Como puede apreciarse, en materia penal, es completamente admisible, y se encuentra consagrado legalmente, que unos mismos hechos se puedan tipificar en varias disposiciones de la ley penal, circunstancia que lejos de desconocer el principio del non bis in ídem, constituye es un elemento de juicio para una agravación o aumento de la pena a imponer.

[E]n la Resolución Sancionatoria, pese advertir la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y aun cuando con fundamento en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia este facultada para imponer sanciones “por cada violación”, se impuso una única multa, lo que descarta de plano que haya existido una doble sanción por unos mismo hechos. Es decir, las diferentes infracciones resultantes de unos mismos hechos nunca fueron sancionadas por separado, ni tampoco representaron una agravación respecto de la multa impuesta.

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Principios de legalidad y tipicidad- Prohibición General – Colusión en procesos de contratación pública

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

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

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

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

Esta distinción es apenas lógica, en primer lugar, debido a que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas (artículos 29 y 209, Superiores) de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad, diferentes al ámbito judicial, como es el caso de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores. En segundo lugar, las actuaciones administrativas, si bien están revestidas de presunción de legalidad, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa —control posterior—, por el contrario, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales y después de surtidos los mecanismos de impugnación gozan del fenómeno de cosa juzgada.

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

*[L]a jurisprudencia constitucional ha considerado que “(...) las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, **permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica.**” (Negrilla fuera texto original). Como se ha visto, es indiscutible la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. No obstante, su intensidad, rigor o graduación es distinta a la exigida en el ámbito judicial (i.e. materia penal) como consecuencia, entre otras razones, de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.*

Bajo ese derrotero, debe recordarse que la infracción a la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, a partir de la cual se censuró el sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia económica que, en su primera fase, incluyó un acuerdo ilegal analizado a la luz del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es una infracción que debe “(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece”, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

[E]sta Superintendencia y la propia Corte Constitucional han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959: **(i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.**

[E]l artículo 1° de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica, procedimiento o sistema que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992 —i.e. numeral 9—, sino por el contrario, las incorpora.

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

[L]a Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017 declaró exequible la expresión “y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”, contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Sobre el particular, en la referida providencia afirmó que no se está frente a un enunciado indeterminado o ambiguo.

[N]o son de recibo ninguno de los argumentos presentados por los recurrentes en torno a cuestionar la constitucionalidad de la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 al indicar que no define de “manera clara, concreta e inequívoca” una conducta reprochable. Dichos argumentos, además de reiterativos no solo representan un debate superado e impertinente en esta sede de reposición, sino que denotan un absoluto desconocimiento de la jurisprudencia constitucional.

[T]ampoco puede tener mérito de prosperidad el señalamiento de que se crearon y sancionaron conductas que no afectan el bien jurídico protegido por las normas de la libre competencia o que la prohibición general no indica qué clase de práctica, procedimiento o sistema restringe la competencia.

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

[D]e conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permiten colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades —concertación de voluntades— que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, en la cual a partir de una interpretación armónica con lo dispuesto en el artículo 46 *Ibíd.*, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, puede intervenir “(...) todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

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

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

[L]a anterior conclusión no es de ningún modo “absurda” como lo afirman **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** y, por el contrario, representa una interpretación armónica que permite establecer el verdadero sentido y alcance del precepto analizado en relación con otras disposiciones del régimen general de competencia, como parte de un todo. De tal manera, los recurrentes al señalar que esa interpretación llevaría a que las conductas previstas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 pueden ser realizadas por cualquier persona, olvidan convenientemente que para la configuración de alguno de esos actos anticompetitivos el legislador estableció como requisito que previamente exista “posición dominante”.

A diferencia de lo anterior en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 el legislador para ninguno de los acuerdos allí proscritos estableció como presupuesto la existencia de un sujeto calificado por lo que, aun cuando exista una definición en el artículo 45 *Ibíd.*, la misma debe ser interpretada con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, normatividad que, se insiste, actualizó el régimen en materia de protección de la competencia para adecuarlo a las condiciones actuales de los mercados y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica.

Precisamente, esta Superintendencia desde tiempo atrás, al interpretar los acuerdos proscritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 ha sostenido lo siguiente:

“(…) el acuerdo puede estructurarse bajo la forma de un contrato, un convenio o concertación, todos ellos bajo el denominador común de la bilateralidad, esto es, que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y de una expresión de la voluntad o consenso entre las partes, independientemente de su naturaleza o formalización.”

Incluso, al interpretar la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se ha precisado que:

“6.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 24536 del 2 de mayo de 2011, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se examinó la presunta infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que dispone:

"Artículo 47. [...] se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

[.]

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

6.3. DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

De la norma transcrita en el aparte anterior, se tiene que el ordenamiento colombiano 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. **Cabe 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 sólo las normas de competencia, sino también las normas que regulan la contratación estatal.**

(...)"

[N]o es cierto que exista un cambio de postura, ni que esta Superintendencia previamente haya supeditado o condicionado la configuración de la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 a que los extremos o pactantes del acuerdo anticompetitivo sean necesariamente “empresas”. Por el contrario, lejos del restringido entendimiento de los recurrentes, se ha considerado que deben existir por lo menos dos sujetos que puedan acordar y de una expresión de la voluntad o consenso entre las partes, “independientemente de su naturaleza o formalización”, como también 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 contractual contraviene las normas de protección de la competencia económica, lo cual, se reitera, es plenamente consistente con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, respecto a que lo previsto en las disposiciones sobre protección de la competencia, que abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, incluidos los acuerdos, se aplicará respecto de todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

Aceptar la tesis de los recurrentes en relación con una interpretación meramente literal de la norma que no consulta su coherencia y armonía con otras disposiciones del régimen general de competencia, sería tanto como pretender sostener que la descripción típica del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 única y exclusivamente se limita a la modalidad de selección “licitaciones o concursos” y que dichos acuerdos anticompetitivos no tendrían configuración, por ejemplo, en el caso de procesos contractuales bajo la modalidad de selección abreviada o cualquier otra modalidad en que sean posibles condiciones de libre competencia.

Más inaceptable, sería tanto como intentar sostener que la descripción normativa contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 perdió vigencia al año siguiente de su promulgación como consecuencia de la posterior expedición, en ese entonces, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —Ley 80 de 1993— o que no tendría aplicación en caso de futuras legislaciones que establezca alguna modalidad de selección contractual en que deba imperar la libre competencia, lo cual es absolutamente inadmisibles.

Semejantes planteamientos son a todas luces infundados ya que la descripción típica de las infracciones administrativas, dada su textura abierta y su flexibilidad, permiten su actualización en razón de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica.

[A]un cuando el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 tan solo refiere “licitaciones o concursos”, esta Superintendencia ha entendido que no se restringe, limita o supedita a una modalidad de selección específica, sino 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.

[S]obre el particular, la propia jurisprudencia administrativa, lejos de considerar que se desconoce el principio de tipicidad, ha avalado ese entendimiento, señalando lo siguiente:

“Así, el derecho a la libre competencia y a otros derechos de carácter económico, se predica del contrato estatal y específicamente de la modalidad de selección previa a la adjudicación del mismo, sin que estas garantías sean exclusivas de la licitación pública o del concurso de méritos, puesto que en las modalidades de selección descritas en la Ley 1150 de 2007, esto es licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, participan oferentes de forma amplia o restringida, para la consecución del contrato estatal a su favor en calidad de contratistas, siendo este un espacio que permite el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa.

(...)

*Entiende la Sala que cuando la norma se refiere a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, **su sentido no debe ser interpretado en qué solo son reprochables, si los mismos se dan en el marco de los procesos de selección de licitación pública o concurso de méritos, pues como se vio con antelación, en realidad la norma deber ser interpretada conforme al ordenamiento jurídico y, específicamente en cuanto a la protección de las garantías a la libre competencia y la libre concurrencia (...).***

[E]s jurídicamente válido entender que en los acuerdos proscritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, puede intervenir “(...) todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

[E]studios sobre las diferentes perspectivas comparadas en materia de protección de la libre competencia, relacionadas con la interpretación que en Estados Unidos, en la Unión Europea y en Colombia se realiza sobre la participación de un “no competidor” en un cartel, concluyen que:

“Por lo tanto, al amparo de la normatividad y la doctrina colombianas, pueden ser reprochados carteles conformados con personas que no hacen parte del mismo mercado que se ve afectado con la colusión. Lo cual demuestra, de consuno con lo esgrimido en las líneas anteriores, que en el sistema colombiano, al igual que en el de Estados Unidos y en el de la Unión Europea, existe una clara tendencia a privilegiar la defensa del bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia, por encima de la naturaleza, calidades y condiciones del agente o los agentes involucrados con una conducta que ponga en riesgo aquel.”

[U]na interpretación teleológica del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 también conduce a “privilegiar la defensa del bien jurídico protegido por la libre competencia económica, por encima de la naturaleza, calidades y condiciones del agente o los agentes involucrados”, como lo sostiene la doctrina y lo corrobora categóricamente el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

Lo anterior, por supuesto, está en línea con las conductas identificadas a nivel internacional a través de las cuales las empresas intentan escapar a la presión competitiva en los procesos de contratación pública. Sobre el particular, la **OCDE** no solo considera las relaciones horizontales entre licitadores, sino además relaciones verticales entre uno o más licitadores y un funcionario público. Al respecto ha considerado que:

- “La envergadura de las licitaciones públicas puede generar una fuerte competencia, pero las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva mediante la colusión y el cohecho.
- **La colusión es una relación horizontal entre licitadores que restringe la competencia y, en la contratación pública, perjudica al adquirente público.** En la colusión en un procedimiento de licitación, el precio pagado por la administración pública por los bienes o servicios se incrementa de forma artificial. En situaciones normales, en un proceso de contratación, los licitadores independientes compiten unos contra otros para alzarse con el contrato, y es precisamente ese mecanismo el que permite obtener la mejor rentabilidad.
- **La corrupción implica una relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación.** Se trata ante todo de un problema entre representado y agente, ya que el agente (el funcionario contratante) se enriquece a expensas de su representado, es decir, el adquirente público (o, de forma general, los ciudadanos). En una contratación, la corrupción surge cuando el agente del adquirente encargado de la contratación se ve influenciado para diseñar el proceso de contratación o alterar su resultado con el fin de beneficiar a una empresa en particular a cambio de sobornos u otras recompensas. La corrupción socava el crecimiento e impide el desarrollo a largo plazo, crea inestabilidad política y exacerba las desigualdades.”

[D]eben rechazarse los argumentos de **ODEBRECHT** con que pretende distinguir entre los conceptos de “corrupción” y “colusión” para sostener que solo la colusión afecta la competencia. Al respecto, este Despacho no tiene ninguna duda de que la corrupción, al igual que la colusión, tiene un claro impacto en los procesos de licitación pública y un efecto devastador en la dinámica competitiva. De ahí que la propia **OCDE** respecto de la corrupción considere que también es una de las formas en que en se intenta “escapar a la presión competitiva” en esos escenarios. Incluso, para Corte Constitucional el fenómeno de la corrupción también tiene un evidente impacto de dimensión económica.

[N]o solo la Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad de competencia económica, sino también la **OCDE** y, por si fuera poco, la Corte Constitucional, concluyen indubitadamente que la corrupción, al igual que la colusión, tiene como consecuencia la “eliminación de la competencia”, por lo que no es un asunto que simplemente afecte la moralidad pública como convenientemente lo pretende hacer ver **ODEBRECHT** con el propósito de aminorar el impacto de su reprochable conducta. A esto se suma que dicho fenómeno puede adquirir diferentes modalidades, no solo acuerdos anticompetitivos, y revestir distintas particularidades dependiendo del caso concreto, lo que tampoco es óbice para que esta Superintendencia pueda reprochar ese tipo de conductas, cuando quiera que afecten las dinámicas de competencia, bajo la caracterización de “prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia” prevista en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

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

[D]e acuerdo a dicho principio hermenéutico, cuando una disposición jurídica derive dos o más interpretaciones, una de la que se emanan efectos y otra en la que no los produce; o una en la que produzca menos efectos que en otra, habrá de preferirse aquella interpretación que produzca plenos efectos, en el entendido que el legislador no hace normas inútiles, máxime cuando la propia Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, reiteró que “(...) las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica.”

[P]atrocinar los argumentos de los recurrentes en que alegaron que no se configuraron los elementos de la definición de “acuerdo anticompetitivo” o no se cumplió con su bilateralidad, sería tanto como afirmar que el legislador dejó en la absoluta impunidad aquella “relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación”, que como lo afirma la **OCDE** es una de las formas en que “las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva”. Recuérdese que en mismo sentido, bajo ningún punto de vista el legislador tampoco otorgó impunidad a cualquier tipo de acuerdo vertical, tal y como se desprende de la lectura del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Semejante interpretación no solo desconocería el principio hermenéutico del efecto útil de las normas referido previamente, sino además pasaría completamente por alto que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que adicionó el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, al actualizar la normatividad de competencia, señaló

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

expresamente que la misma le es aplicable a todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria y conductas de carácter continuado- Principio de favorabilidad - Prohibición General – Colusión en procesos de contratación pública

[C]uando se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio encaminado a definir la situación jurídica de una persona, la exigencia constitucional de competencia se relaciona directamente con el debido proceso, por cuanto “la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos”.

[C]uando una autoridad administrativa actúa sin competencia —material, territorial o temporal— se produce un defecto orgánico en la actuación, en tanto que “la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas solo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen”.

[U]na decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad y, en consecuencia, en esta ocasión corresponde determinar si, como se afirma en los recursos de reposición, operó la caducidad de la facultad sancionatoria o, por el contrario, se contaba con plena competencia temporal para expedir el acto administrativo sancionatorio.

[E]s menester referirse a las providencias judiciales señaladas por algunos recurrentes en torno a la caducidad de la facultad sancionatoria en materia de colusiones en procesos de selección contractual.

[L]as consideraciones expuestas en las referidas providencias judiciales obedecen a las particularidades fácticas de los casos sometidos a control judicial y, particularmente, a los asuntos que se pretendían dilucidar en esa oportunidad. Así que realizar una lectura aislada e inconsulta del contexto fáctico en que se suscitaron los pronunciamientos judiciales para pretender su aplicación o extensión al presente caso, puede generar una interpretación errada sobre el correcto entendimiento de la configuración de la conducta y, en consecuencia, sobre caducidad de la facultad sancionatoria.

[A] partir de una revisión detallada de la sentencia de primera instancia del 9 de julio de 2015, puede advertirse que la referencia jurisprudencial citada por los recurrentes para fundamentar la supuesta configuración de la caducidad obedece a un caso con particularidades fácticas distintas al reprochado en la Resolución Sancionatoria.

[E]n la sentencia referida, la consideraciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para determinar que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria obedecen al momento de inicio y concreción de la “conducta reprochable” que fue objeto de análisis en los actos administrativos enjuiciados en esa ocasión, la cual está enmarcada en un componente factual completamente diferente de la Resolución No. 82510 de 2020 debido a que en el caso concreto los hechos que motivaron la sanción no solo se concretaron de forma previa, concomitante y posterior a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sino que además configuraron la infracción prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 por representar un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica.

[T]al y como lo reconoció expresamente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es evidente que, en ciertos casos, 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 y, por obvias razones, tienen “efectos lesivos que se extienden en su ejecución”, como por ejemplo, en el caso de los sistemas tendientes a limitar la libre competencia proscritos en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 que incluyen acuerdos colusorios.

De tal modo, los verdaderos motivos que llevaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la providencia judicial referida por los recurrentes, a concluir que la liquidación del contrato “resulta ser una consecuencia de la colusión, un efecto o secuela del pacto ilícito, pero no integra el pacto ilícito mismo”, no están dadas en razón a que la conducta reprochable necesariamente se agote en el acto de adjudicación, sino por las particularidades propias del caso analizado en esa oportunidad. Siendo esto así, no es posible acceder a las postulaciones de los recurrentes de extender las consideraciones de las providencias judiciales referidas, a efectos de declarar la caducidad de la facultad sancionatoria en el presente caso por el hecho incontrovertible de que no resultan aplicables.

[L]os argumentos de los recurrentes a partir de los cuales pretenden desconocer el carácter continuado de la conducta sancionada no tienen ningún mérito de prosperidad en esta sede. Para este Despacho el sistema

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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

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

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

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

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

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.**”

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

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

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

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

[N]o pueden ser de recibo los argumentos de los recurrentes destinados a señalar que no se configuraron los elementos de una conducta continuada. Igualmente, en este punto es importante mencionar que los requisitos (enlace objetivo y subjetivo) contenidos en decisiones foráneas que exige **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** para que se pueda considerar una infracción única y continuada, no son aplicables en el presente caso debido a que no constituyen ningún precedente de obligatoria aplicación y, más importante aún, no son exigidos por el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 en su descripción normativa.

[E]n la Resolución Sancionatoria se encontró plenamente probado que existió un sistema anticompetitivo con vocación de permanencia que se prolongó en el tiempo, lo que significa que dicha conducta tuvo un carácter continuado o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea, sino que se desarrolló sin solución de continuidad a través de diferentes comportamientos sucesivos involucrando distintos actores. Dicho sistema anticompetitivo se desplegó en dos (2) fases a través de una compleja y sofisticada estructura ilegal que, valiéndose convenientemente de su organización empresarial preestablecida, contempló un reparto específico de diversos roles y distintas tareas o funciones, para que funcionara de manera concertada y plenamente coordinada, con la finalidad de cometer diferentes dinámicas y estrategias inequívocamente dirigidas a la consecución de un propósito específico, en este caso, limitar la libre competencia económica.

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

[L]os argumentos expuestos por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** con que pretenden limitar la ejecución del sistema anticompetitivo hasta el momento en que se realizaron los pagos irregulares al **CONSORCIO SION** o **PROFESIONALES DE BOLSA** con el propósito de alegar que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria, tampoco están llamados a prosperar.

[L]a imputación fáctica en la Resolución de Apertura de Investigación no estuvo limitada a los “pagos irregulares” realizados a **PROFESIONALES DE BOLSA** o **CONSULTORES UNIDOS**. En efecto, se imputó expresamente toda una dinámica de suscribir contratos que carecían de soportes o debida justificación para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, no solo con el propósito de garantizar su adjudicación, sino en etapas posteriores con garantizar el éxito de adiciones contractuales, y bajo esa conducta se encontraban también pagos irregulares derivados de contratos suscritos con **RGQ LOGISTIC**, **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA**, **INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**, según se logró establecer en la Resolución Sancionatoria, a partir de un análisis en conjunto del material obrante en el Expediente.

[A]lgunos recurrentes reiteraron nuevamente que, con fundamento en la aplicación de las normas procesales en el tiempo y el principio de favorabilidad, debe aplicarse el término de caducidad de tres (3) años previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo. Así mismo, indicaron que el Consejo de Estado con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 ha sostenido que “los términos que comenzaron a correr en vigencia de una Ley anterior, específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma”.

[L]os recurrentes incurren en un desatino jurídico al interpretar las consideraciones expuestas en las providencias judiciales —autos— con que pretenden soportar su exigencia de aplicación del principio de favorabilidad. En efecto, la “caducidad” sobre la cual se pronunció el Consejo de Estado no está relacionada con el espacio o límite temporal en que la autoridad administrativa está facultada para ejercitar su potestad sancionatoria, sino con el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción, lo cual es harto diferente.

Esa lamentable confusión de los recurrentes les lleva a exigir, por vía del principio de favorabilidad, que el término de caducidad de la facultad sancionatoria deba ser el que estaba vigente al momento en que iniciaron la ejecución de su conducta, postulación que es a todas luces improcedente y desconoce los pronunciamientos que sobre ese aspecto particular ha proferido el Consejo de Estado.

[E]s evidente que se pretende adoptar como estrategia de defensa tergiversar convenientemente la imputación fáctica a determinados hechos, con el objetivo de acotar el campo de acción de las conductas reprochadas y, por ende, excluir la sistematicidad de lo ocurrido, para en ese escenario valerse de la caducidad de la facultad sancionatoria sin razones jurídicamente atendibles.

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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

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

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

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

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

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

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

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

*[S]egún se dijo en la Resolución de Apertura de Investigación, la **CONCESIONARIA**, a la cual pertenencia **ODEBRECHT** y **EPISOL**, este último vehículo de inversión de **CORFICOLMBIANA**, constituyó el instrumento jurídico que hizo posible la materialización de la conducta infractora, pues su participación en los hechos resultó necesaria e incluso indispensable para la generación de los efectos del sistema anticompetitivo, esto es, la firma del respectivo contrato estatal de concesión y la materialización de pagos ilícitos durante toda su ejecución, comportamientos que hacían parte de las conductas investigadas, e incluso en la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente que hasta ese momento las pruebas sugerían la existencia de un sistema anticompetitivo, tal y como fue plenamente corroborado en la Resolución Sancionatoria.*

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

[N]o puede ser de recibo que se alegue nuevamente por parte de los recurrentes que simplemente se trataba de algunos eventos aislados, inconexos, separados o que existió una supuesta “interrupción temporal” con el propósito de segmentar la conducta anticompetitiva, desconocer su sistematicidad y, en ese escenario, valerse convenientemente de una caducidad de la facultad sancionatoria inexistente. Se insiste, en el presente caso, la conducta cometida no solo fue imputada como continuada, sino que además es catalogada como una práctica comercial restrictiva de la libre competencia que se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada previamente, que la comisión de su falta fue permanente.

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

[E]s indiscutible que la conducta desarrollada por los investigados se cataloga como de carácter continuado o permanente, lo que significa que el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolongó en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva, razón por la cual el término de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta y ello ocurrió en vigencia del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, que prevé un término de caducidad de cinco (5) años.

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

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

[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.

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

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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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

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

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

En atención a lo anterior y en concordancia con la jurisprudencia nacional y con la situación fáctica y jurídica constitutiva del presente caso, es dable concluir la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en lo que respecta a conductas, acciones o hechos constitutivos de sanción en el ejercicio del poder sancionatorio-punitivo del Estado, realizados continuamente.

[E]n los actos o acciones sancionables de carácter continuado, se presenta una diferencia temporal entre lo ejecutado bajo la vigencia de la ley menos gravosa respecto de la sanción y lo ejecutado bajo el imperio de la nueva legislación, esto es, no existe equivalencia entre la lesión acaecida bajo la vigencia de una y otra ley, pues si se presentara, se desconocerían principios de igual rango como la igualdad y legalidad, razón por la cual no se presentan los presupuestos objetivos para dar aplicación al principio de favorabilidad, pues su aplicación desconocería, o en otras palabras, omitiría el sentido que la constitución y la ley le otorgaron a dicho principio contemplado en el artículo 29 de la norma superior.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Responsabilidad objetiva - Prohibición General – Colusión en procesos de contratación pública

[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”.

[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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

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 estricta de los factores subjetivos de responsabilidad: (...).

[E]sta Superintendencia ha afirmado en múltiples ocasiones, que en materia de derecho administrativo sancionador no es necesaria la determinación de factores subjetivos 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 (...).”

[A]ceptar 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 en el caso de la personas jurídicas la culpabilidad se verifica cuando la empresa ha tenido un defecto estructural que genera o posibilita el actuar ilegal de la persona natural vinculada a ella, no es más que un anhelo de los recurrentes por trasladar un componente propio del derecho penal — culpabilidad— 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.

[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.

[P]ara este Despacho no resulta suficiente para desligarse de responsabilidad en el régimen de protección de la libre competencia económica las simples afirmaciones de que únicamente se trataba de un trabajador que se encontraba en misión en otra empresa, bajo otra subordinación, máxime cuando quien ostentaba la condición de representante legal tuvo pleno conocimiento de cada uno de los pagos irregulares.

[S]uperintendencia 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.**

[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

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

como, para determinar el estándar probatorio que permite establecer la responsabilidad de las personas 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. Al respecto se pone de presente lo señalado en la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015, en la cual se indicó:

“De esta manera, al entender el modus operandi de la infracción sancionada, es dado señalar que la participación de las personas naturales involucradas en la concreción de la conducta no necesariamente corresponde a un comportamiento activo o directo en la ejecución o implementación del cartel, por lo que las únicas pruebas idóneas no son las orientadas a demostrar dicha circunstancia -intervención activa y directa-, sino también aquellas que dan cuenta de un comportamiento pasivo o incluso omisivo (...).”

*[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, como es el caso de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, 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 o tolerar 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.

Por otra parte, sobre el concepto de la diligencia de un buen hombre de negocios, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha considerado que:

*“2.1.3. La diligencia de un buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que **su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.** (...).”*

[N]o puede ser de recibo el argumento según el cual la responsabilidad de un representante legal únicamente se limita a las facultades expresas de los estatutos de cada organización. 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.

[E]n 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. A partir de lo anterior, para este Despacho no son de recibo los argumentos de algunos recurrentes tendientes a señalar que se castigó a unas compañías cuyo único “pecado” fue haber escogido un “mal socio”, máxime cuando el caso analizado en esta oportunidad no se trató de una conducta aislada de ciertos investigados sino de un sistema anticompetitivo altamente sofisticado con el ilegítimo propósito de falsear la libre competencia económica.

Aceptar semejantes excusas, significaría patrocinar que un representante legal sea instrumentalizado para infringir las normas que protegen la libre competencia económica, bajo el ingenuo pretexto de que tiene un rol simplemente autómatas en la toma de decisiones, sin reparar en el alcance de las mismas, desconociendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda, lo que implica, entre otras cuestiones, velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales que, para el caso que nos ocupa, se traduce en el respeto por las normas que protegen la libre competencia económica.

RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA – Existencia de otros regímenes de responsabilidad

[E]l reproche realizado por esta Superintendencia es exclusivo del ámbito de la responsabilidad administrativa —no responsabilidad penal— por la infracción de las normas sobre protección de la libre competencia económica. Por lo tanto, el análisis de las conductas anticompetitivas, aun cuando tengan rasgos comunes, es

Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021. Recurso de reposición

independiente a la estructuración y exigencias de las conductas punibles (i.e. cohecho propio o impropio) y a cualquier otro tipo de responsabilidad administrativa (i.e. disciplinaria o fiscal).

[U]na misma conducta puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad. Así, el desconocimiento de determinadas normas, puede generar responsabilidad civil, penal, contractual, fiscal, patrimonial, administrativa y/o disciplinaria. Siendo cada tipo de responsabilidad independiente, y cada uno de estos tipos de responsabilidad se analiza de conformidad con las normas vulneradas.

[U]na misma conducta puede derivar en responsabilidad penal o administrativa por afectar simultáneamente diferentes bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el cual ampara la independencia de las distintas responsabilidades, sin que ello signifique un doble juzgamiento o una doble sanción, debido a la necesidad de proteger valores y principios diferentes en cada caso. Así, la determinación de responsabilidad en instancias penales, no es óbice para por los mismos hechos se determine la responsabilidad ante instancias administrativas, por ejemplo, por la infracción de las normas que protegen la libre competencia económica.

[H]a sido avalado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo al precisar con suficiente claridad que una conducta no solo puede dar lugar a sanción penal sino también a una sanción administrativa.

*[L]os argumentos de los recurrentes dirigidos a solicitar la aplicación de la “teoría de prohibición de regreso” constituye un anhelo infundado por trasladar un componente propio del derecho penal al ámbito administrativo, que no puede ser patrocinado en esta sede de reposición y, que aun cuando se considerara su análisis, lo cierto es que no tendría ninguna prosperidad para excusar la responsabilidad de **EPISOL**. Por tal razón, resultan a todas luces improcedentes dichas postulaciones, pues la configuración de la falta administrativa y la atribución de responsabilidad en materia de infracciones al régimen de protección a la competencia económica es diferente al ámbito penal, como se ha explicado y demostrado con suficiencia.*

[E]s evidente la improcedencia de los argumentos presentados por los recurrentes debido a que la invocación de consideraciones realizadas en instancias penales, aun cuando pudieran coincidir con algunos aspectos analizados en el presente caso, pretenden imponer valoraciones realizadas por jueces sobre los mismos hechos, desconociendo la autonomía e independencia de la autoridad administrativa en el análisis de conductas anticompetitivas, más aún cuando en aquellos escenarios se ventilaban asuntos relativos a la afectación de otros bienes jurídicamente tutelados —administración pública o moralidad administrativa—, en tanto que en éste, lo que se protege por mandato del artículo 333 de la Constitución Política es la libre competencia económica.