



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2013

8917 () 04 MAR 2013

Radicación No. 08-126301

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD HOC

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, adicionada por el Decreto 19 de 2012, en los numerales 11, 12, 19 y 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 9753 del 23 de febrero de 2011¹, la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación para determinar si las sociedades CIPECOL LTDA., RAPISCAN SYSTEMS INC., EBC INGENIERÍA S.A., SECURITY BUSINESS SOCIEDAD LIMITADA y CONTROL BOX LTDA., como sociedades que integraron la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008; y por otra parte las sociedades ANDCOM LTDA., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA., INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A, UNIÓN ELÉCTRICA S.A. y MELTEC COMUNICACIONES S.A., como sociedades que integraron la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA, infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Asimismo, se ordenó abrir investigación a las siguientes personas naturales: DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, en su calidad de representante legal de CIPECOL LTDA. y RAPISCAN SYSTEMS INC.; RODRIGO MEJÍA ARCILA, en su calidad de representante legal de EBC INGENIERÍA S.A.; MARTÍN SANTIAGO SUÁREZ GARCÍA, en su calidad de representante legal de CONTROL BOX LTDA.; LUÍS EDUARDO GÓMEZ HERNÁNDEZ en su calidad de representante legal de SECURITY BUSINESS SOCIEDAD LIMITADA; JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, en su calidad de representante legal de ANDCOM LTDA.; JUAN CARLOS SALLEG VELANDÍA, en su calidad de representante legal de EGC COLOMBIA LTDA.; MARÍA CLEMENCIA VALDERRAMA MEJÍA, en su calidad de representante legal de INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA. para la época de los hechos investigados; AARON RABINOVICH JAMRI, en su calidad de representante legal de INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A. para la época de los hechos investigados; JESÚS EFRAÍN OSSA GÓMEZ, en su calidad de representante legal de UNIÓN ELÉCTRICA S.A.; ADRIANA MARCELA CORREA GUTIÉRREZ DE PIÑERES, en su calidad de representante legal de MELTEC COMUNICACIONES S.A.; ANDRÉS BOTERO ARBELÁEZ, en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA; con el fin de determinar si en su calidad de representantes legales de su empresa o unión temporal pudieron haber autorizado, ejecutado o

¹ Expediente No. 08-126301, folios 2004 a 2031

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 8917 DE 2013 Hoja N°. 2

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

tolerado las conductas de que tratan el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, se ordenó abrir investigación al señor Mauricio Parada Perilla con el fin de establecer si en su calidad de persona natural pudo haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas de que tratan el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que el 31 de mayo de 2012, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos², el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe Motivado³ con el resultado de la etapa de instrucción. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁴, se dio traslado del Informe Motivado a los Investigados. Dado que las consideraciones que motivaron la imposición de sanción presentadas por esta Superintendencia se encuentran expuestas en la Resolución de sanción, resulta pertinente remitirse a dicho acto administrativo para tal efecto.

TERCERO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, se escuchó al Consejo Asesor, y posteriormente el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 53991 del 14 de Septiembre de 2012, en la que se determinó que los Investigados violaron las normas de competencia al incurrir en la causal que señala el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y en consecuencia se impusieron sanciones pecuniarias, así:

PERSONAS JURIDICAS		
No.	EMPRESA	VALOR SANCIÓN
1.	CIPECOL LTDA.	\$1.133.400.000
2.	INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD S.A. (INTERSEG)	\$1.133.400.000
3.	UNIÓN ELÉCTRICA S.A.	\$300.000.000
4.	EGC COLOMBIA LTDA ⁵	\$300.000.000
5.	INGENIERIA TELEMÁTICA GYC LTDA ⁶	\$300.000.000
6.	MELTEC COMUNICACIONES S.A.	\$300.000.000

² La audiencia de descargos, establecida en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se llevó a cabo el 5 de marzo de 2012, exponiéndose los argumentos condensados en el Informe Motivado, página 34 y s.s.

³ Expediente No. 08-1263012, folios 12795-12930.

⁴ Modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

⁵ Que por Acta No. 37 de Junta de Socios del 31 de Agosto de 2011, inscrita el 21 de Octubre de 2011 bajo el número 01521949 del Libro IX, la sociedad cambio su nombre de: EGC COLOMBIA LTDA por el de EGC COLOMBIA S.A.S.

⁶ Que por Acta No. 97 de Junta de Socios del 1 de Agosto de 2011, inscrita el 17 de Agosto de 2011 bajo el número 01504599 del Libro IX, la sociedad cambio su nombre de: INGENIERÍA TELEMÁTICA G & C LTDA. por el de INGENIERÍA TELEMÁTICA G & C S.A.S.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

7.	RAPISCAN INC	\$200.000.000
8.	ANDCOM LTDA	\$300.000.000
PERSONAS NATURALES		
	NOMBRE	VALOR SANCIÓN
1.	DIANA ISABEL NASIFF DE RIMA	\$170.010.000
2.	MAURICIO PARADA PERILLA	\$170.010.000
3.	MARÍA CLEMENCIA VALDERRAMA MEJÍA	\$60.000.000
4.	ADRIANA MARCELA CORREA GUTIERREZ DE PIÑERES	\$60.000.000
5.	JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL	\$60.000.000
6.	JUAN CARLOS SALLEG VELANDIA	\$60.000.000
7.	JESÚS EFRÁIN OSSA GÓMEZ	\$60.000.000
8.	AARON RABINOVICH JAMRI	\$170.010.000

Para fundamentar su decisión, el Despacho partió del análisis de las propuestas presentadas por los Investigados en el proceso de contratación denominado “Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 01 de 2008”, convocado por el Ministerio de Interior y de Justicia, a través del cual se buscaba contratar el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo por dos (2) años, de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional.

El Despacho concluyó la existencia de una colusión entre los Investigados en el proceso de selección abreviada, con base en varios hechos y consideraciones que se transcriben a continuación:

“(…)

6.4.4 Particularidades del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 adelantado por el MIJ y la propuesta presentada por la UT CÁRCELES 2008

En consonancia con el ejercicio efectuado por la Delegatura, este Despacho considera pertinente hacer referencia a los principales requisitos incorporados en el pliego de condiciones del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía 001 de 2008, a efectos de estudiar las exigencias contenidas en él, así como la propuesta presentada por la UT CÁRCELES 2008, para mostrar como (sic) en efecto dicha propuesta cumple con todas las características que identifican que una propuesta es simbólica o complementaria y que además fue allegada al MIJ con el propósito de ser descartada como consecuencia del acuerdo colusorio realizado en conjunto con la UT SEGURIDAD CARCELARIA.

En esa medida, se procede a hacer una revisión comparativa de los pliegos y de la propuesta presentada por la UT CÁRCELES 2008 a efectos de probar que la misma

WV

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

corresponde a una propuesta complementaria que sólo pretendía simular la existencia de competencia en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008.

Así las cosas, de manera previa al análisis individual de los elementos probatorios encontrados, es necesario hacer referencia a que los mismos deben ser valorados como indicios que evaluados uno a uno y en su conjunto, llevan a concluir la existencia de una conducta colusoria en el presente caso⁷.

(...)

De lo anterior se desprende que correspondía a los oferentes presentar sus propuestas atendiendo las exigencias y requisitos del proceso de contratación, para así lograr que su participación fuera competitiva respecto de los demás oferentes. En este sentido, si el contenido de la propuesta presentada no cumplía con los requisitos exigidos en el pliego en debida forma, sería responsabilidad del oferente su descalificación, pues sobre él recaía la responsabilidad de elaborar en debida forma la oferta para participar.

Más adelante, analizaremos cómo la presentación de una propuesta con ciertas características no sólo conlleva la descalificación de un proponente, sino que además evidencia la existencia de un acuerdo anticompetitivo consistente en la búsqueda de la exclusión de otros oferentes y la consecuente adjudicación del contrato al extremo beneficiario del acuerdo colusorio.

(...)

*La causal de rechazo que tiene mayor importancia para el caso concreto es la contenida en el numeral 2.13.3 que señala que será causal de rechazo la "presentación de varias ofertas por el mismo proponente, por sí o por interpuesta persona (en consorcio, unión temporal o individualmente)". En efecto, este Despacho considera que de conformidad con lo dispuesto en dicha causal, derivada directamente de la Ley, **era claro para cada uno de los proponentes que sólo podían participar en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 a través de la presentación de una oferta**, pues de lo contrario la misma sería rechazada y no podrían efectuar su participación en el proceso de contratación.*

Además de la causal de rechazo antes mencionada, existen otras que implicaban el rechazo de la propuesta presentada por el oferente como por ejemplo: No adjuntar con la oferta la carta de presentación (Formato No. 01) debidamente firmada por el representante legal o aportarla sin firma; falta de capacidad jurídica para presentar la oferta; la no acreditación por parte de las personas jurídicas oferentes de que su objeto social les permite desarrollar el objeto del proceso de selección; que la expedición del certificado de cámara de comercio tuviera una expedición superior a 30 días; la no

⁷ En relación con la prueba indiciaria, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos: "La simulación de los negocios jurídicos en la mayoría de los casos, aflora mediante la prueba por indicios, caso en el que el sentenciador, conforme lo señala el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, debe hallar plenamente acreditado en el proceso aquel hecho del cual, por inferencia lógica, se deriva con mayor o menor fuerza causal otro hecho desconocido. En la prueba por indicios juega papel fundamental la fuerza individual de cada indicio y el elenco de todos ellos, a lo cual se suma que el juez habrá de utilizar la lógica, el sentido común y las reglas de la experiencia, así como dejar vestigio en los argumentos sobre el poder suasorio que le produce cada prueba y la suma coherente y razonada de todas ellas, de modo que pueda reconstruirse el itinerario lógico que llevó al juzgador a decidir como lo hizo, y así seguir su huella sin que haya molestia para la razón o asome por ahí una conclusión absolutamente refida con la lógica". (Subrayado fuera de texto)

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

presentación de la garantía de seriedad de la propuesta, entre otros. Cabe anotar que varias de las causales de rechazo contenidas en los pliegos se encuentran referidas a que el proponente no subsane en debida forma el cumplimiento de algunos de los requisitos en el pliego.

Frente al particular, este Despacho considera que si bien algunos de los documentos exigidos eran susceptibles de ser subsanados por parte de los proponentes, es claro que la presentación de más de una oferta por parte de un mismo proponente implicaba el rechazo inmediato de la misma, razón por la cual pese a existir requisitos subsanables durante el proceso, dicha situación no podría presentarse en el evento de rechazo inmediato de la propuesta por virtud de la causal 2.13.3.

*En este orden de ideas, no es de recibo el argumento presentado por el Apoderado de la señora DIANA NASSIF DE RIMA y CIPECOL, según el cual sus representados si se encontraban interesados en participar del proceso de selección abreviada adelantado por el MIJ y que el hecho de presentar una propuesta a la que le faltaban algunos documentos y requisitos que se entendían subsanables no debe entenderse como un acto anticompetitivo, pues subsanar la propuesta es permitido por la Ley y es costumbre en la presentación de propuestas dejar documentos pendientes para que estos sean subsanados. Pues **tal y como se muestra en la presente resolución la causal contenida en numeral 2.13.3 no era subsanable.** En razón a lo anterior, el envío de la propuesta en los términos en los que fue presentada y la insistencia de DIANA NASSIF para que se tuviera en cuenta la misma, evidencian el actuar anticompetitivo de la UT CÁRCELES 2008 como consecuencia del acuerdo con la UT SEGURIDAD CARCELARIA, tal y como se probará en el presente acto administrativo.*

(...)

*Como se muestra en la Tabla No. 2, la **UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008** y la **UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN CARCELARIA** coincidían en dos empresas como miembros integrantes de las dos uniones temporales, esto es las empresas CONTROL BOX LTDA y EBC INGENIERÍA S.A., hecho que, de conformidad con lo dispuesto en la causal de rechazo 2.13.3, implicaba de inmediato que las propuestas presentadas por las UT mencionadas no podrían ser objeto de evaluación por parte del MIJ.*

*Frente al particular esta Superintendencia, entrará a mostrar en el análisis que se realiza a continuación como la presentación de la propuesta de la **UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008**, al ser una propuesta simbólica, inhabilitaba la participación de la **UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN CARCELARIA**, garantizando que el contrato fuera adjudicado a la **UNION TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA**, como producto del acuerdo colusorio llevado a cabo entre la primera y la última.*

(...)

Documento de constitución de la Unión Temporal

(...)

Como se puede apreciar, para el momento en el que el pliego de condiciones exigía la presentación de la manifestación de interés de cada una de las empresas que tuvieran intenciones de participar en el proceso, en relación con las empresas que conformaban la UT CÁRCELES 2008 sólo 3 de ellas presentaron su manifestación de interés a saber CIPECOL, EBC INGENIERIA y CONTROL BOX.

HN

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Frente al particular, de las pruebas obrantes en el expediente este Despacho identificó que el no cumplimiento de este requisito por parte de las empresas SECURITY BUSINESS y RAPISCAN SYSTEM, se configuró como la causal determinante para que las empresas EBC INGENIERÍA y CONTROL BOX se hubieran separado de la precitada UT CÁRCELES 2008, y hubieran conformado una UT diferente, por cuanto sabían que el incumplimiento de este requisito hacía inviable la participación en el proceso y una posible adjudicación del contrato.

(...)

Fue así como, las empresas EBC INGENIERIA y CONTROL BOX, tomaron la decisión de conformar una UT con la cual sí pudieran resultar adjudicatarios del contrato con el MIJ. Frente a esta situación en especial, este Despacho considera de suma importancia recalcar que se verificó que la empresa CIPECOL, de manera previa al cierre del proceso el 20 de octubre de 2008, tenía conocimiento de que EBC INGENIERÍA y CONTROL BOX no participarían en el proceso a través de la UT CÁRCELES 2008, sino que ejecutarían su denominado "Plan B" participando en el proceso a través de una UT diferente, situación que confirma que la presentación de la propuesta por parte de DIANA NASSIF en los términos en los que se allegó al MIJ no tenía otro propósito que la de ser una propuesta complementaria.

(...)

En consecuencia, de los testimonios y las pruebas antes referidas, se evidenció que la presentación de la propuesta con los requisitos de sólo dos empresas, en este caso CIPECOL y RAPISCAN no se configuraba como una propuesta que tuviera las posibilidades de ganar el proceso de selección. En virtud de lo anterior, la presentación de la oferta por parte de la señora DIANA NASSIF anexando documentación de solamente dos empresas a nombre de una UT conformada presuntamente por 5 empresas, que como se demostró habían manifestado su carencia de interés de participar través de dicha unión temporal confirma su actuar anticompetitivo en conjunto con la UT SEGURIDAD CARCELARIA producto del acuerdo realizado para excluir a la UT PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA.

(...)

6.4.4.2 De los requisitos habilitantes

(...)

Teniendo en cuenta que los requisitos mínimos habilitantes buscan que en el proceso participen proponentes idóneos asegurando las calidades técnicas, económicas, financieras y profesionales del contratista en aras de garantizar el cumplimiento de objeto contractual.

Concuerda este Despacho con la apreciación del Informe Motivado, según la cual resulta claro que el incumplimiento de los requisitos habilitantes en una propuesta, conlleva a la inhabilitación de la misma, razón por la cual, la conformación de la propuesta respecto de estos requisitos es fundamental para que la oferta sea considerada habilitada y calificada con la probabilidad de resultar ganadora en el proceso.

(...)

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Como consecuencia de lo anterior, la presentación de una propuesta sin el lleno de estos requisitos por parte de los oferentes de un proceso de contratación es un indicativo claro de la posible existencia de una propuesta complementaria que busque aparentar competencia en el proceso de selección, tal y como se evidencia precisamente de la propuesta presentada por la UT CÁRCELES 2008. A continuación se presenta una relación de los documentos sujetos a verificación y que se configuraban como requisitos habilitantes para participar en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008.

(...)

6.4.4.3 De los requisitos de calificación

Frente al particular este Despacho considera que la no presentación de la oferta económica de conformidad con los requisitos exigidos por los pliegos, limitándose a establecer un valor global es un indicativo de que el objeto de la propuesta presentada no era el de competir.

(...)

Es evidente que no existió voluntad ni intención de parte de la UNIÓN TEMPORAL CARCELES 2008, de presentar una oferta competitiva, la intención de dicho proponente no estaba encaminada a que su propuesta fuera tenida en cuenta y menos aún que tuviese la probabilidad de ser la oferta ganadora, sino que buscó aparentar una competencia real en el proceso de selección del MIJ, conociendo que dos de los miembros de la UT CÁRCELES 2008 iban a participar del referido proceso a través de otra unión temporal, situación que implicaba el rechazo de plano de ambas propuestas por parte del MIJ.

(...)

Pese a lo anterior, este Despacho considera pertinente hacer lagunas precisiones respecto de las circunstancias que se presentaron en torno a la adjudicación del contrato, por cuanto las mismas hicieron que la liquidación del contrato se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2010. Frente al particular, este Despacho se aparta de las consideraciones de la Delegatura según las cuales existieron dos momentos en los que se realizó el acuerdo colusorio, al igual que de la apreciación según la cual las actuaciones jurídicas adelantadas por la UT SEGURIDAD CARCELARIA y la señora DIANA NASSIF se configuraron como un mecanismo que permitió y extendió la distorsión en el mercado, a continuación se presenta el recuento de hechos correspondiente, así como las consideraciones de este Despacho.

(...)

Cabe mencionar que el Contrato No. 76 de 2009 suscrito entre la Unión Temporal SEGURIDAD CARCELARIA y el Ministerio del Interior y de Justicia se suscribió por un valor de CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOS PESOS (\$53.537.174.702,00). Con las adiciones, el valor del contrato fue de CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS VENTITRES PESOS (\$55.715.420.923,00).

UN

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Con ocasión del fallo T-841 del 20 de noviembre de 2009, que ordenó la liquidación del Contrato No. 76 de 2009 en el estado en que se encontraba la obra, para ese momento el valor ejecutado por el contratista fue de CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS PESOS (\$44.290.257.600,00) que representa una ejecución de la obra del 79,49% y el beneficio obtenido por los miembros la UT SEGURIDAD CARCELARIA correspondería al porcentaje de utilidad reportado en el AIU de la oferta económica presentada por esta Unión Temporal.

(...)

En consecuencia, este Despacho encontró, de conformidad con el análisis presentado en el presente acto administrativo que en efecto ocurrió un acuerdo anticompetitivo encuadrado en lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 de la artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, realizado por la UT CÁRCELES 2008 y la UT SEGURIDAD CARCELARIA, en el marco del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008, a través del cual la UT CÁRCELES 2008 allegó una propuesta simbólica o complementaria.

Como se mencionó, la oferta presentada por la UT CÁRCELES 2008 incorporó únicamente documentos de RAPISCAN SYSTEMS INC. y CIPECOL LTDA., lo cual riñe con la inicial constitución de la UT integrada por cinco empresas y resultaba a todas luces un incumplimiento de los requisitos del pliego de condiciones. Se observaron, entre otros, los documentos de la garantía de seriedad, en los que se anunció que la UT Cárceles 2008 sólo estaba conformada por RAPISCAN SYSTEMS INC. (70%) y CIPECOL (30%), aspecto contrario a lo establecido en el documento de constitución de dicha unión temporal. También se evidenció que los documentos aportados tampoco cumplían con los requisitos del pliego, lo cual da cuenta de que la oferta de la UT CÁRCELES 2008 no era real sino simbólica y su finalidad era distorsionar los resultados del Proceso de Selección.

(...)

En virtud de lo anterior, la imputación fáctica y jurídica que tiene en cuenta este Despacho se encuentra referida a la realización del acuerdo entre la UT CÁRCELES 2008 y la UT SEGURIDAD CARCELARIA, a través de la presentación de la propuesta simbólica por la primera de ellas y la consecuente adjudicación, ejecución y liquidación por parte de la segunda. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

(...)

6.4.5 Razonamiento económico para la eliminación de la competencia en el proceso licitatorio

(...)

El análisis de los escenarios más arriba efectuado demuestra que la UT SEGURIDAD CARCELARIA tenía incentivos económicos para tratar de invalidar la oferta de la UT PROTECCIÓN INTEGRAL. Las conversaciones telefónicas recogidas en el Informe Motivado demuestran que los investigados mantuvieron negociaciones sobre el reparto de esos beneficios extraordinarios que se derivaban de la formación del cártel aquí investigado.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

(...)

6.4.6 De las reuniones y comunicaciones sostenidas entre diferentes miembros de las UT participantes en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008

Ahora bien, como quiera que este Despacho ya presentó a lo largo del presente acto administrativo las pruebas que obran en el expediente así como su respectiva valoración, encontrando que la UT CÁRCELES 2008 y la UT SEGURIDAD CARCELARIA realizaron un acuerdo anticompetitivo al interior del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008. A continuación se exponen otras pruebas a las cuales tuvo acceso esta Entidad en relación con la preparación del acuerdo entre los miembros de las UT mencionadas, que dan cuenta de los hechos que antecedieron la presentación de la oferta simbólica por parte de la UT CÁRCELES 2008 así como el móvil para realizar el precitado acuerdo anticompetitivo.

Previo a la relación de las pruebas mencionadas, vale resaltar que como se mencionó, no es usual que la autoridad de competencia encuentre evidencias que muestren la intención y móvil de los agentes colusores y para el caso concreto la forma en la que se presentó la propuesta simbólica así como los correos electrónicos y comunicaciones citadas en líneas anteriores, así como el análisis económico de la conducta desplegada por los investigados son prueba suficiente de la existencia del acuerdo.

(...)

Como se mencionó, es en virtud de dichos informes de policía judicial, así como de la transcripción de las llamadas telefónicas y las grabaciones de las mismas, que este Despacho pudo verificar el momento en el cual se fraguó el acuerdo anticompetitivo que se configuró con la presentación de la propuesta simbólica por parte de la señora DIANA NASSIF DE RIMA en nombre de la UT CÁRCELES 2008. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

(...)

- Que MAURICIO PARADA, a través de GUSTAVO DOMÍNGUEZ, contactó a DIANA NASSIF para que coordinaran la forma en que podrían ayudar a que la UT SEGURIDAD CARCELARIA fuera adjudicataria del contrato. Lo anterior como consecuencia del retiro de la UT CÁRCELES 2008 de las empresas CONTROL BOX y EBC INBENIERÍA, quienes informaron a GUSTAVO DOMÍNGUEZ y a SALOMÓN RIMA que iban a conformar una UT diferente para participar en el proceso de selección. Como se mencionó en líneas anteriores GUSTAVO DOMÍNGUEZ es primo de la señora DIANA NASSIF, y fue quien presentó personalmente la oferta de la UT CÁRCELES 2008 en el MIJ.

(...)

- De manera posterior los señores MAURICIO PARADA, GUSTAVO DOMÍNGUEZ, DIANA NASSIF DE RIMA y AARON RABINOVICH se reunieron en el Hotel Bogotá Plaza el día 6 de octubre de 2008, reunión en la que trataron cómo iba a ser el pago a DIANA NASSIF por presentar una oferta ficticia que dejara como único proponente habilitado a la UT Seguridad Carcelaria. El porcentaje solicitado por DIANA NASSIF ERA el 12% del contrato, pero la propuesta de AARON RABINOVICH y MAURICIO

UN

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

PARADA fue de mil millones de pesos. Esto se evidencia, entre otras, en la llamada sostenida entre GUSTAVO DOMÍNGUEZ y SALOMÓN RIMA el día de la reunión.

(...)

- *Adicionalmente, otra de las llamadas que corroboran la planeación del acuerdo fue la realizada el 6 de octubre por parte de DIANA NASSIF a WILLIAM, uno de sus asesores legales, en la cual le pone de presente los resultados de la reunión, así como el ofrecimiento de los mil millones de pesos por la presentación de la propuesta simbólica en el proceso de selección adelantado por el MIJ.*

(...)

Este Despacho respalda la posición adoptada la Delegatura, pues encuentra acertado que los temas abordados en las llamadas telefónicas interceptadas se acercan más a la verdad de los hechos ocurridos el 6 de octubre en la reunión sostenida por los investigados en el Hotel Bogotá Plaza que las versiones rendidas en las audiencias de interrogatorio, lo anterior por cuanto de las llamadas citadas se puede evidenciar con un grado alto de veracidad y certeza la realidad de los hechos ocurridos, pues la información extraída proviene de manera directa de boca de los investigados quienes en el momento en el que efectuaron las llamadas acababan de llevar a cabo la reunión citada, razón por la cual difícilmente se puede sostener que en ese preciso momento se equivocaran al mencionar cual había sido el objeto y resultado de la reunión.

Adicionalmente, las otras pruebas que fueron debidamente incorporadas al expediente prueban que las múltiples comunicaciones y la reunión sostenida entre los miembros de dos uniones temporales diferentes que finalmente se presentaron al mismo de proceso de Selección Abreviada tuvo como motivación acordar y llevar a la práctica la estrategia anticompetitiva, reflejada en la presentación de una oferta simbólica por parte de DIANA NASSIF DE RIMA (la de la UT CÁRCELES 2008) que permitió configurar la causal de rechazo de la propuesta presentada por la UT PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA y en la misma medida inclinar la adjudicación del contrato a la UT SEGURIDAD CARCELARIA de la cual era integrante el señor AARON RABINOVICH JAMRI.

(...)

De la anterior llamada este Despacho confirma cómo la señora DIANA NASSIF DE RIMA, manifiesta su aceptación por el ofrecimiento de dinero efectuado por MAURICIO PARADA y AARON RABINOVICH, dejando claridad que como quiera que ella ya no puede ganar el proceso de selección su beneficio sería la contraprestación económica efectuada y la de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, liderada por el señor AARON RABINOVICH sería la de lograr la adjudicación del contrato.

- *En otra llamada entre GUSTAVO DOMÍNGUEZ y DIANA NASSIF que tuvo lugar después de la audiencia de cierre, los interlocutores celebran que se hubieran descalificado las propuestas de la UT CÁRCELES 2008 y la UT PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA, evidenciando que el acuerdo estaba encaminado a favorecer a la UT SEGURIDAD CARCELARIA.*

(...)

6.4.7 Conclusiones del Despacho en relación con el acuerdo anticompetitivo

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se considera como contrario al régimen de libre competencia aquellos 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”. Entendiendo como acuerdo a todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.⁸

Por su parte, la colusión ha sido definida como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 26 de enero de 1995, que “las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra”⁹.

De igual forma, se ha entendido que en materia de colusión en procesos de contratación adelantados por la administración pública, los acuerdos se pueden llevar a cabo por los diferentes proponentes y agentes del mercado a través de diversas modalidades, entre las que se encuentra la presentación de propuestas complementarias o simbólicas, que se identifican por ser propuestas figurativas que buscan aparentar la existencia de competencia en un proceso, pero que en realidad tienen como fin último que otro de los proponentes resulte adjudicatario del contrato.

Así mismo, se ha establecido que los acuerdos anticompetitivos en licitaciones pueden ser perseguidos por la autoridad de competencia ya sea por su objeto o por su efecto; y que cuando las mismas son estudiadas desde el punto de vista de su efecto y distorsión en el mercado, el mismo se extiende hasta el momento de la liquidación del respectivo contrato por cuanto la defraudación al Estado (como consecuencia de una adjudicación y ejecución de un contrato obtenida a través de conductas anticompetitivas) es progresiva y se entiende acabada cuando el contrato se ha terminado y liquidado.

Que en este tipo de conductas, el sustento probatorio debe construirse a través de diferentes indicios que lleven a concluir la realización de la conducta, toda vez que, la prueba directa en este tipo de situaciones es de difícil consecución para las autoridades de competencia¹⁰.

Así las cosas, este Despacho encontró que en el presente caso, el acuerdo anticompetitivo al interior del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 se configuró de la siguiente manera, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente.

- **Participación de dos agentes competidores: UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 y UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA que presentaron sus**

⁸ Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 1°.

⁹ Ver Guía Práctica para combatir la colusión en licitaciones. Superintendencia de Industria y Comercio 2011.

¹⁰ Para la Comisión Nacional de la Competencia Argentina: “Al mismo tiempo resulta usual en la jurisprudencia antitrust reconocer que este tipo de conductas frecuentemente no puede probarse de forma directa, ya que resulta muy probable que los participantes en una concertación o acuerdo de reparto de cuotas, clientes y de precios no lo dejen plasmado en un documento. [...] En consecuencia, cuando no se tiene una prueba directa del acuerdo para probar su existencia debe recurrirse a una prueba indirecta, básicamente indicios y presunciones”. Dictamen 513 de 2005 pág. 40-41.

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

propuestas en la Selección Abreviada No. 01 de 2008 convocada por el Ministerio del Interior y de Justicia. (Negrillas fuera del texto original).

- *El acuerdo referido en este caso se ideó al interior de las reuniones y concertaciones previas al cierre de la selección abreviada, entre personas que integraban las mencionadas uniones temporales y que actuaban como competidoras en el proceso de selección.*
- *La finalidad del acuerdo era preparar y presentar una propuesta simbólica, sin ninguna posibilidad de resultar ganadora, que permitiría la adjudicación de la selección abreviada a favor de la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA.*

Ahora bien, con las pruebas que fueron analizadas en la presente Resolución, este Despacho tuvo la oportunidad de verificar el actuar coordinado que se dio entre las UNIONES TEMPORALES CÁRCELES 2008 y SEGURIDAD CARCELARIA con ocasión del proceso objeto de estudio.

- *Que inicialmente la UT CÁRCELES 2008 se encontraba conformada por cinco empresas que iban a participar en el proceso de selección adelantado por el MIJ. Sin embargo, como consecuencia del requisito de la presentación de la manifestación de interés en participar en el proceso de dos de las sociedades (SECURITY SYSTEMS y RAPISCAN), las empresas CONTROL BOX y EBC INGENIERIA manifestaron el retiro de dicha UT y su intención de presentarse al proceso a través de una UT diferente.*
- *Que como consecuencia del retiro de las empresas de la UT CÁRCELES 2008, dicha UT y la UT SEGURIDAD CARCELARIA estuvieron en contacto a través de comunicaciones y reuniones sostenidas por varios funcionarios y representantes legales de las empresas que las integraban. De estos contactos se tuvo noticia en el periodo que va de septiembre a diciembre de 2008 y de enero a febrero de 2009, que coinciden con el periodo previo y posterior a las audiencias de cierre y adjudicación del Proceso de Selección Abreviada 001 de 2008.*
- *La reunión sostenida el 6 de octubre 2008 en el hotel Bogotá Plaza entre miembros de las UNIONES TEMPORALES CÁRCELES 2008 y SEGURIDAD CARCELARIA, de la cual se tiene certeza de su ocurrencia gracias a las interceptaciones de llamadas y el peritaje de la policía judicial adelantados por la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía. La ocurrencia de esta reunión fue corroborada a través de los interrogatorios y testimonios rendidos ante esta Superintendencia por los señores: DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, AARON RABINOVICH JAMRI, MAURICIO PARADA PERILLA y GUSTAVO DOMINGUEZ FERIS.*
- *El objeto de esta reunión de acuerdo con la interceptación de llamadas era definir los términos de negociación para la presentación por parte de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 de una oferta simbólica que generara la causal de rechazo de la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN INTEGRAL, con lo que se favorecía la oferta presentada por la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA.*
- *La oferta presentada a nombre de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008, fue elaborada en las instalaciones de CIPECOL LTDA incorporando únicamente documentos de las empresas RAPISCAN SYSTEMS INC y CIPECOL LTDA. Aspecto que reñía con la inicial constitución de esta UNIÓN TEMPORAL integrada por cinco*

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

(5) empresas. Al no incorporar para cada requisito los documentos de las cinco empresas, resultaba a todas luces incumpliendo los requisitos señalados en el pliego de condiciones.

Se observó que en los documentos remitidos a la ASEGURADORA COLPATRIA S.A para la expedición de la póliza de seriedad de la propuesta se anunció que la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 sólo estaba conformada por dos sociedades, RAPISCAN SYSTEMS INC (70%) y CIPECOL (30%), aspecto contrario a lo establecido en el documento de constitución de dicha unión temporal.

Adicionalmente, la propuesta económica incorporada en la oferta de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008, no cumplió con los requisitos señalados en el pliego en aspectos tales como: indeterminación del valor por ítems, costo de instalación e IVA y no discriminar la ciudad donde se ubicaba cada uno de los establecimientos carcelarios.

Las inconsistencias mencionadas, dan cuenta de que la oferta elaborada por la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 no era real sino simbólica, es decir aparentando ser una oferta competitiva, carecía de las condiciones para resultar ganadora y en esa medida frente al Régimen de la Libre Competencia, se puede concluir que su finalidad era distorsionar los resultados del proceso de selección.

- A pesar de que mediante correos cruzados entre funcionarios de CIPECOL LTDA, y de las empresas EBC INGENIERIA S.A y CONTROL BOX LTDA., se había comunicado que estas dos últimas “ya no iban más” en la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008; el día 20 de octubre de 2008 se presentó a nombre de esta UNIÓN TEMPORAL, la oferta simbólica anteriormente elaborada. Durante la audiencia de cierre y entrega de las propuestas, celebrada ese día, se evidenció (sic) una diferencia en las directrices impartidas por RODRIGO MEJÍA ARCILA, Representante Legal Principal de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 y la señora DIANA NASSIF DE RIMA, Representante Legal Suplente de la misma. El primero, remitió una comunicación al MIJ solicitando que se retirara la propuesta presentada a nombre de esta UNIÓN TEMPORAL, mientras que la segunda solicitaba que por ningún motivo se retirara dicha oferta.
- El 27 de noviembre de 2008 se celebró la audiencia pública de adjudicación del proceso de selección. Lo consignado en el acta de dicha audiencia permitió evidenciar que la finalidad perseguida con el acuerdo colusorio se logró, en la medida:
 - (i) Que se rechazaron las propuestas de las UNIONES TEMPORALES PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA y CÁRCELES 2008, al configurarse la causal de rechazo prevista en los pliegos y referida a la presentación de varias ofertas por el mismo proponente.
 - (ii) Que se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada 001 de 2008 a la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA.
- En la interceptación de las llamadas a los abonados celulares de DIANA NASSIF DE RIMA, se encuentran algunas que dan cuenta de las manifestaciones de satisfacción y festejo entre ésta y GUSTAVO DOMÍNGUEZ por los resultados obtenidos en la audiencia de adjudicación. En estas mismas comunicaciones, comentan entre ellos la felicitación proveniente de MAURICIO PARADA y su socio.

LW

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

- *Mediante Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008, el Ministerio del Interior y de Justicia, ordenó revocar la inicial resolución de adjudicación, una vez tiene noticia a través de los pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación, de que la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA había logrado adjudicarse el contrato valiéndose de medios ilegales.*
- *Que como consecuencia de la revocatoria del acto de adjudicación, la señora DIANA NASSIF y la UT SEGURIDAD CARCELARIA hicieron uso de los mecanismos procesales consagrados en la Ley y la Constitución Política para dejar sin efectos el citado acto administrativo.*
- *Que el proceso finalmente fue adjudicado a la UT SEGURIDAD CARCELARIA, quien ejecutó el contrato, el cual se liquidó el 31 de diciembre de 2010, como consecuencia de una orden de la Corte Constitucional, razón por la cual los efectos del acuerdo colusorio se extendieron hasta ese día.*

En consecuencia, el actuar coordinado de los integrantes de las UNIONES TEMPORALES: SEGURIDAD CARCELARIA y CÁRCELES 2008 que implicó la infracción a las normas que protegen la competencia, en la medida que lo que se pretende es que dentro de los procesos de contratación que adelanta el Estado, la competencia sea la característica fundamental y no la previa concertación entre oferentes que aparentemente actuaban como competidores, situación que como fue demostrado en este caso no se presentó en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 adelantado por el MIJ.

(...)

6.4.8 De la responsabilidad de las Uniones Temporales y los representantes legales y personas naturales investigadas

(...)

6.4.8.1 MIEMBROS DE LA UT CÁRCELES 2008

a. CIPECOL LTDA. Y RAPISCANSYSTEMS INC.

Concuerda este Despacho con la Delegatura, en el sentido de encontrar responsables de la conducta investigada a las empresas CIPECOL y RAPISCAN, por cuanto las mismas al ser representadas por la señora DIANA NASSIF DE RIMA, hicieron parte de la UT CÁRCELES 2008, participando de manera figurativa en el proceso de selección adelantado por el MIJ a través de la presentación de la propuesta simbólica, que como se probó en el presente acto administrativo contenía la documentación tan solo de estas dos empresas.

Ahora bien, en relación con las observaciones presentadas al Informe Motivado por parte del Apoderado de RAPISCAN este Despacho procede a efectuar las siguientes consideraciones:

(...)

El objeto del mandato otorgado fue precisamente el de la representación de la mencionada sociedad en el respectivo proceso licitatorio, razón por la cual no puede

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

afirmarse que hubo una extralimitación en la actuación del mandatario, ni escindir como es pretendido los resultados de dicha representación. Si existieron irregularidades por parte del mandatario, en este caso la señora NASSIF, dichas irregularidades se realizaron en nombre y representación de su mandante quien no puede evadir su responsabilidad en el caso.

En este sentido se observa que los cuestionamientos del proceso de selección objeto de investigación, así como de manera particular del comportamiento de la señora Nassif, iniciaron incluso antes de la adjudicación del contrato y continuaron una vez adjudicado el contrato, momento en el que no sólo se informaron los hechos objeto de investigación a través de diferentes medios de comunicación, sino que la entidad contratante, con fundamento en un concepto del Ministerio Público, decidió revocar tal adjudicación, haciendo referencia expresa a la existencia de corrupción dentro del proceso que involucraba a la señora Nassif y sus representados.

(...)

Respecto al argumento del Apoderado frente al hecho de que la Delegatura no tuvo en cuenta los correos electrónicos que mostraban el interés legítimo de RAPISCAN de participar y ganar el proceso, este Despacho tiene que referir que las fechas de los correos aportados corresponden a días anteriores al 1 y 2 de octubre, época para la cual las empresas CONTROL BOX y EBC INGENIERIA aún no habían anunciado su retiro oficial de la UT CÁRCELES 2008, razón por la cual resulta válido encontrar información que en principio muestre el interés en participar y ganar el proceso de selección, sin embargo, no reposa en el expediente prueba alguna que demuestre este interés de manera posterior al retiro de las otras empresas de la UT CÁRCELES 2008.

(...)

b. EBC INGENIERÍA S.A., CONTROL BOX LTDA. y SECURITY BUSINESS LTDA., miembros de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008

Hechos como los que han sido probados a lo largo del presente acto administrativo hacen entender sin lugar a duda que las empresas CONTROL BOX, EBC INGENIERIA, y SECURITY BUSINESS no tuvieron nada que ver con la realización del acuerdo anticompetitivo que tuvo como fin la presentación de una propuesta complementaria ante el MIJ para beneficiar a la UT SEGURIDAD CARCELARIA, mucho menos que sus representantes legales hubieran estado involucrados en dicha conducta.

(...)

6.4.8.2 MIEMBROS DE LA UT SEGURIDAD CARCELARIA

(...)

Pese a que este Despacho se aparta de la posición de la Delegatura relacionada con la existencia de un segundo momento en el que se presenta el acuerdo colusorio entre la UT CÁRCELES 2008 y la UT SEGURIDAD CARCELARIA, por cuanto los miembros de esta última activaron todos los mecanismos procesales que tuvieron a su alcance para lograr la adjudicación del contrato, dicha posición no significa que no se considere que las empresas miembros de la UT SEGURIDAD CARCELARIA no sean responsables de la conducta anticompetitiva desplegada con la UT CÁRCELES 2008 encabezada y dirigida por la señora DIANA NASSIF.

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

En virtud de lo anterior, también se considera necesario hacer un análisis de las responsabilidades de la empresa INTERSEG representada por AARON RABINOVICH, agente determinante del acuerdo, para de manera posterior estudiar la conducta desplegada por las otras empresas que hacían parte de la UT SEGURIDAD CARCELARIA.

a. INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A., sociedad que integró la UT SEGURIDAD CARCELARIA

(...)

- *Los constantes contactos sostenidos por el señor AARON RABINOVICH JAMRI con MAURICIO PARADA y GUSTAVO DOMÍNGUEZ en los periodos comprendidos entre septiembre y diciembre de 2008 y enero a febrero de 2009.*
- *Audios de las llamadas interceptadas por la Policía Judicial a los teléfonos de DIANA NASSIF de Rima que dan cuenta de contactos, y de la ya referida reunión con los señores AARON RABINOVICH, MAURICIO PARADA y GUSTAVO DOMÍNGUEZ para acordar la presentación de una propuesta simbólica.*
- *Poder otorgado al señor LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA para que interpusiera recurso de reposición para que se revocara la Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008, y posteriormente para que interpusiera acción de tutela por violación al debido proceso e impugnara el fallo de primera instancia.*
- *Participación en la ejecución del contrato en un porcentaje del 79%, hasta el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que se suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato.*

(...)

b. ANDCOM LTDA., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA., UNIÓN ELÉCTRICA S.A. y MELTEC COMUNICACIONES S.A., DEMÁS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA.

(...)

En relación con la responsabilidad de las empresas que hacían parte de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, es importante para este Despacho referir que las empresas antes citadas eligieron como representante de la UT SEGURIDAD CARCELARIA al señor AARON RABINOVICH, quien tenía a su cargo la representación de los intereses de todos los miembros de la UT ante el MIJ en lo que se encontraba relacionado con la presentación de la propuesta, suscripción, ejecución y liquidación del contrato. En este orden de ideas, como quiera que el señor RABINOVICH en representación de los intereses de la UT SEGURIDAD CARCELARIA 2008 obró como determinante del acuerdo colusorio, las empresas que eran parte integrante de dicha UT toleraron la conducta anticompetitiva antes mencionada.

(...)

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

A pesar de este público conocimiento, las empresas decidieron otorgar poder a un mismo abogado para que las representara en la presentación de recursos y la interposición de tutelas para lograr la adjudicación del contrato, situación que no solo logró postergar la fecha de adjudicación, ejecución y posterior liquidación del mismo, sino que evidencia la aquiescencia frente a la conducta anticompetitiva. Esta Entidad no cuestiona el uso de los recursos legales, lo que cuestiona es que los miembros de la UT hubieran hecho uso de estos recursos cuando ya los órganos de control y la policía había llamado la atención sobre las conductas ilegales que habían caracterizado el desarrollo del proceso de selección abreviada. Estas circunstancias impiden sacar una conclusión diferente a la del conocimiento de las empresas sobre la existencia de un acuerdo colusorio.

(...)

6.4.8.3 REPRESENTANTES LEGALES DE LAS EMPRESAS INVESTIGADAS Y PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

(...)

a. MAURICIO PARADA PERILLA

(...)

Frente al particular, este Despacho considera que el hecho de que el señor MAURICIO PARADA PERILLA no hubiera participado de manera directa en el proceso de Selección Abreviado No. 01, no es un hecho que pueda eximirlo de su responsabilidad en la realización de la práctica anticompetitiva. En ese sentido, existen pruebas en el expediente que permiten demostrar que el señor MAURICIO PARADA tenía un interés en que la firma ganadora fuera la UT SEGURIDAD CARCELARIA, por cuanto si la misma ganaba él podría suministrar algunos de los equipos en su calidad de proveedor de la UT, en tanto la empresa representada por el señor PERILLA se encontraba inhabilitada para participar de ese proceso de selección.

(...)

Respecto de la identificación del señor MAURICIO PARADA PERILLA, cabe anotar que el mismo, al igual que muchos de los representantes legales de las empresas del mercado de la seguridad electrónica en Colombia, se conocen entre sí, por cuenta de que el mercado es pequeño y no existen muchos competidores en él, razón por la cual difícilmente las personas que rindieron testimonio e interrogatorio, o las personas que lo mencionaron en las conversaciones telefónicas indicando su nombre y apellido, difícilmente estarían hablando de otro MAURICIO PARADA PERILLA, que se encuentre involucrado en el mercado de seguridad electrónica y que además estuviera interesado en las resultas del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008.

b. DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA

(...)

Como se desvirtuó en la presente Resolución, no resulta cierto que la señora DIANA NASSIF tuviera el ánimo de competir en el proceso de selección referido, por cuanto como consecuencia del acuerdo anticompetitivo sus incentivos estaban dirigidos a buscar

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

el rechazo de su propuesta y de la propuesta de la UT PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA para que resultara beneficiaria la UT SEGURIDAD CARCELARIA.

De igual forma se desvirtuó, que la señora NASSIF no conociera la intención de las empresas CONTROL BOX y EBC INGENIERÍA de retirarse de la UT CÁRCELES 2008, por cuanto se probó de manera extensa que sí conocían dicha situación y aun así decidieron presentar la propuesta a nombre de la UT cuando ya no estaba conformada por el total de sus integrantes.

c. AARON RABINOVICH JAMRI

Además de las razones expuestas para determinar la responsabilidad de INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A., la empresa a quien representaba en el momento de los hechos, en el expediente se encuentra probada la fuerte injerencia que tuvo el señor RABINOVICH en la celebración y ejecución del acuerdo colusorio, circunstancia que no solo violador de las normas de protección de la competencia, sino que implica la imposición de una sanción que deberá ser significativa.

d. MARÍA CLEMENCIA VALDERRAMA MEJÍA, representante legal de INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA., para la época de los hechos investigados; ADRIANA M. CORREA GUTIÉRREZ DE PIÑERES, representante legal de MELTEC COMUNICACIONES S.A.; JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, representante legal de ANDCOM LTDA. y JUAN CARLOS SALLEG VELANDÍA, representante legal de EGC COLOMBIA LTDA. y JESÚS EFRAÍN OSSA GÓMEZ, representante legal de UNIÓN ELÉCTRICA S.A.

(...)

Frente a la responsabilidad que se puede endilgar a los representantes legales de las personas investigadas integrantes de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, unión temporal ganadora del proceso de adjudicación del MIJ, este Despacho señala que su responsabilidad está determinada por el hecho de que unánimemente todos y cada uno de los apoderados decidieron designar como el representante de sus intereses en el proceso de selección al señor AARON RABINOVICH, quien actuó como uno de los entes determinadores del acuerdo. Adicionalmente, se cuestiona el hecho de que hubieran otorgado poder a un abogado para mantener la decisión de adjudicación, cuando ya había diferentes conceptos de órganos de control y diferentes advertencias sobre la existencia de una práctica anticompetitiva.

En ese sentido y como quiera que se encontró responsables a las empresas que hacían parte de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, de igual forma se encontraron pruebas para establecer la responsabilidad de los representantes legales de dichas empresas, por cuanto aun conociendo las circunstancias y particularidades en los que se estaba llevando a cabo la adjudicación de ese contrato, decidieron continuar con la búsqueda de su adjudicación y posterior ejecución. En razón a lo anterior, este Despacho concluye que los representantes legales toleraron la realización de la conducta anticompetitiva.

e. RODRIGO MEJÍA ARCILA, en su calidad de representante legal de EBC INGENIERÍA S.A., para la época de los hechos investigados; MARTÍN SANTIAGO SUÁREZ GARCÍA, en su calidad de representante legal de CONTROL BOX LTDA.; LUÍS EDUARDO GÓMEZ HERNÁNDEZ, en su calidad de representante legal de

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

administración se encuentre extendiendo hasta el infinito los efectos de las conductas anticompetitivas que se investigan, sino que por el contrario se está dando claridad respecto de la forma en la que debe contabilizarse la caducidad para estos casos particulares, por cuanto se puede calcular, de acuerdo a la extensión del contrato, que los efectos negativos del mismo en el mercado se prolonguen hasta su terminación y liquidación.

6.4.9.2 Frente a la conducta imputada por la Delegatura para la Protección de la Competencia y la variación fáctico y jurídica de la misma en el Informe Motivado

(...)

Respecto al hecho de que tolerar no puede ser considerado como una conducta anticompetitiva, se debe recordar que del estudio de la responsabilidad de las empresas integrantes de los consorcios así como de sus representantes legales, se pudo establecer que algunas de ellas fueron los determinadores y ejecutores directos de al acuerdo anticompetitivo.

De igual manera señalan que la presentación de recursos de ley contra actos que de alguna manera afectaban a sus representados nace del derecho a la defensa y del debido proceso. Al respecto, se debe reiterar que esta Entidad no cuestiona la presentación de los recursos que la ley establece, sino el hecho de que tales recursos se hubieran utilizado con el fin de concretar una conducta que tenía naturaleza de anticompetitiva.

6.4.9.3 Respecto del Informe de Policía Judicial

(...)

Concuera este Despacho con las consideraciones expuestas por la Delegatura respecto de la forma en la que fueron incorporadas y controvertidas las pruebas relacionadas con los informes de Policía Judicial, en efecto, los investigados tuvieron la oportunidad de controvertir su contenido a lo largo de la investigación y no lo hicieron.

Adicionalmente, es de suma importancia resaltar tal y como se mencionó en el presente acto administrativo, que la prueba de la existencia del acuerdo anticompetitivo se obtuvo no de manera directa del contenido de las grabaciones, sino de la valoración de todas las demás pruebas que reposan en el expediente y dan cuenta de la presentación de la propuesta simbólica por parte de la UT CÁRCELES 2008, para beneficiar como adjudicataria a la UT SEGURIDAD CARCELARIA.

(...):

CUARTO: Que dentro del término legal los Investigados presentaron recursos de reposición contra la Resolución No. Resolución No. 53991 del 14 de Septiembre de 2012, exponiendo los argumentos que se resumen a continuación, los cuales serán analizados en detalle más adelante.

4.1 ARGUMENTOS COMUNES DE LOS INVESTIGADOS

De los recursos presentados por los Investigados, este Despacho identificó la existencia de argumentos comunes frente a las consideraciones expuestas en la Resolución de

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

sanción que hoy se recurre, razón por la cual los mismos se resumirán y contestarán de forma agrupada:

4.1.1 Frente a la aplicación del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011

Algunos de los Investigados señalan en su recurso que la Superintendencia no dio correcta aplicación a las normas del Código Contencioso Administrativo.

De un lado, **MAURICIO PARADA PERILLA** solicita que se de cumplimiento a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 que señala que *“(...) los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso (...)”*. La anterior petición es fundamentada por el investigado señalando que el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio pretermitió términos y decidió en contravía a la ley, al otorgar un término inferior al dispuesto por la norma aplicable a este caso, debido a que concedió un término de tan solo 5 días para efectos de interponer el recurso de reposición. Teniendo en cuenta lo anterior, el recurrente exige que se dejen sin efectos los avisos de notificación enviados en el presente caso y se aumente el término para la interposición de los recursos a 10 días.

En el mismo sentido se pronuncian las empresas **ANDCOM LTDA.**¹¹, **COMUNICACIONES MELTEC S.A.**, **EGC COLOMBIA LTDA.**¹², **INGENIERÍA TELEMÁTICA G Y C LTDA.**¹³, **INTERSEG S.A.** y **UNIÓN ELÉCTRICA S.A.**¹⁴, y los señores **JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL**, **ADRIANA MARCELA CORREA GUTIERREZ DE PIÑERES**, **JUAN CARLOS SALLEG VELANDIA**, **MARIA CLEMENCIA VALDERRAMA**, **JESÚS EFRÁIN OSSA GOMÉZ** y **AARON RABINOVICH JAMRI**, quienes incluyen como una de las peticiones del recurso de reposición que se dé aplicación al artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, y en consecuencia, se conceda el término dispuesto en la ley para presentar el recurso de reposición, el cual es de 10 días hábiles y no de 5 días hábiles, como equivocadamente lo dispuso la Resolución sancionatoria.

4.1.2 Respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio

Al igual que en las observaciones al Informe Motivado expedido por la Delegatura, los Investigados presentaron consideraciones en las que señalan que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio caducó para el momento de la imposición de la sanción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

¹¹ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13216 a 13226.

¹² Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13268 a 13282.

¹³ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13283 a 13297.

¹⁴ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13298 a 13304.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

De un lado, **RAPISCAN** señala que la facultad sancionatoria de la Superintendencia caducó frente a los hechos investigados, debido a que el término de caducidad debe contabilizarse desde la ocurrencia de la conducta que se sanciona y no a partir de la cesación de sus efectos en el mercado, como equivocadamente lo sustenta la Superintendencia al indicar que los efectos del acuerdo anticompetitivo se extendieron hasta la fecha de la liquidación del contrato adjudicado dentro del proceso de licitación, esto es, hasta el 30 de diciembre de 2010, y que por consiguiente es a partir de ese momento que se debe contar el término de caducidad sancionatoria.

Para reforzar su argumento, manifiesta que la teoría aplicada por la SIC carece de fundamento legal y jurisprudencial, siendo contraria a las normas aplicables y desconociendo antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la misma Superintendencia. Asimismo, señala que la tesis de la Superintendencia está en contravía con lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, según el cual la caducidad sancionatoria se presenta tres (3) años después de ocurrido el acto que ocasiona el ejercicio de dicha facultad y no desde la extinción de los efectos del acto en el mercado.

Manifiesta que la norma citada es clara y su interpretación no se modifica por el hecho de que se trate de conductas anticompetitivas que se presenten en el marco de un proceso de contratación estatal. Según la investigada, la Superintendencia parece haber confundido la caducidad de las acciones contractuales que surgen de la celebración, ejecución y terminación de un contrato estatal, con la caducidad de la facultad sancionatoria para castigar conductas contrarias a la competencia, lo cual, a todas luces, constituye un error.

En consecuencia, señala que la facultad sancionatoria podría haberse ejercido por parte de la SIC desde la ocurrencia del último acto contrario a la competencia, esto es, desde la presentación de la oferta dentro del proceso licitatorio (20 de octubre de 2008), y que es a partir de ese momento que empieza a correr el término de caducidad sancionatoria (los 3 años) aplicable al presente caso. Para las Investigadas, al haberse presentado la oferta el 20 de octubre de 2008, la facultad sancionatoria caduca el 20 de octubre de 2011.

Finalmente señala que la continuidad de la defraudación al Estado no define el término de caducidad, pues la facultad de la SIC no es perseguir defraudaciones al Estado sino actuaciones que alteren el mercado por constituirse contrarias a la libre competencia. Por lo anterior, y con independencia de las defraudaciones al Estado, la colusión reprochada en este caso se habría materializado antes de la adjudicación del contrato, razón por la cual la facultad ya de la SIC ya caducó, al haberse impuesto la sanción en el mes de septiembre de 2012.

Por su parte, el señor **MAURICIO PARADA PERILLA** manifiesta que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los 3 años de producido el acto reprochado, y que, en ese sentido, la base sobre la cual se le imputó la conducta se refería a la asistencia a unas reuniones que se llevaron a cabo en el mes de octubre de 2008, es decir hace casi 4 años, razón por la cual debe entenderse que la SIC perdió su facultad sancionatoria antes de proferir la Resolución de sanción.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Respecto de la afirmación según la cual la caducidad se cuenta a partir de la liquidación del contrato -sin que según el recurrente exista ningún fundamento para soportar esta hipótesis-, reitera que lo cierto es que se le imputó la realización de una conducta previa la adjudicación del proceso, razón por la cual nada tiene que ver la liquidación del mismo. Adicionalmente, a los Investigados no les fueron imputadas una serie de conductas sucesivas, sino sólo un acto consistente en participar en unas reuniones con el propósito de presuntamente configurar un acuerdo colusorio.

A su vez, en los recursos de reposición presentados por **ANDCOM LTDA.¹⁵, COMUNICACIONES MELTEC S.A., EGC COLOMBIA LTDA.¹⁶, INGENIERÍA TELEMÁTICA G Y C LTDA.¹⁷, INTERSEG S.A. y UNIÓN ELÉCTRICA S.A.¹⁸**, y de los señores **JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, ADRIANA MARCELA CORREA GUTIERREZ DE PIÑERES, JUAN CARLOS SALLEG VELANDIA, MARIA CLEMENCIA VALDERRAMA, JESÚS EFRAÍN OSSA GOMÉZ y AARON RABINOVICH JAMRI**; los recurrentes manifiestan que el razonamiento sobre la forma de contabilizar el término de caducidad expuesto por el Despacho desconoce de manera abierta la finalidad y el objeto de la institución de la caducidad y viola el principio de la seguridad jurídica, pues se está elaborando una teoría extensiva de dicha institución, lo cual no es permitido por el operador jurídico.

Así las cosas, reiteran que todos los hechos investigados se refieren a un periodo caduco, pues ocurrieron hace más de tres años de expedida la Resolución contra la cual se dirige el recurso de reposición. Esto implica que la SIC no tenía competencia para pronunciarse sobre un hecho ocurrido en octubre de 2008, ni mucho menos para derivar consecuencias de éste.

Los recurrentes señalan, a manera de ejemplo, que según el razonamiento del Despacho, si se tratara de un contrato de concesión por una duración de 50 años, para la SIC no operaría la caducidad y se podría mantener abierta una investigación durante medio siglo, pues solo a partir de la liquidación contabilizaría el término, presentándose así un problema de seguridad jurídica.

Adicionalmente manifiestan que en la Resolución de apertura de investigación no se tuvieron en cuenta hechos ocurridos con posterioridad al 2008, pues la investigación que se adelantó tenía como propósito establecer si dentro de la etapa previa a la adjudicación del proceso de selección se produjo un acuerdo presuntamente contrario a la libre competencia. Asimismo, resaltan que la adjudicación de este proceso fue efectuada el 27 de noviembre de 2008.

Concluyen manifestando que la determinación del periodo investigado por parte de la administración es fundamental para dar las garantías procesales a los investigados, por

¹⁵ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13216 a 13226.

¹⁶ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13268 a 13282.

¹⁷ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13283 a 13297.

¹⁸ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13298 a 13304.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

cuanto es con base en este periodo investigado que plantean su defensa, aportan y solicitan las pruebas pertinentes para ello.

Por su parte, la empresa **CIPECOL LTDA.** y la señora **DIANA NASSIF** manifiestan que los argumentos utilizados por el Despacho para contabilizar la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia no tienen ningún sustento jurídico, pues ni siquiera en la resolución se exponen argumentos jurídicos o antecedentes que corroboren esta teoría. Señalan que no existe una regla o doctrina probable al respecto, más aún cuando existen tan pocos casos investigados por la SIC en materia de colusión en licitaciones en los que se haya proferido una sanción.

Señalan igualmente que no compete a la Superintendencia determinar o incluso inferir si se ha defraudado o no al Estado, pues es claro que su función, en el caso particular es determinar si existió o no un acto anticompetitivo. Determinar si se defraudó o no al Estado es competencia de otros entes judiciales y, en esta medida, la SIC estaría extralimitando sus funciones.

Consideran los investigados que el acto reprochable como anticompetitivo es el acuerdo (i) que tenga por objeto la colusión en licitaciones o concursos; o (ii) que tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribuciones de concursos o fijación de términos de las propuestas. En este sentido, manifiestan los Investigados que el artículo 38 del C.C.A. establece que la facultad sancionatoria caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas, los cual, en el presente caso, correspondería al presunto acuerdo anticompetitivo que se habría llevado a cabo el día que presentaron las propuestas, esto es, el 20 de octubre de 2008, siendo la presentación de la propuesta el último acto llevado a cabo por los Investigados pues presentar los recursos de ley no puede entenderse como la realización de actos anticompetitivos o la prolongación de los mismos.

Finalmente, indican que la teoría según la cual el acuerdo anticompetitivo en contratación pública, cuando se estudia desde el punto de vista de sus efectos, se extiende hasta la liquidación del respectivo contrato, no tiene sustento jurídico, pues no existe disposición legal, doctrina probable o jurisprudencia que la corrobore, y por lo tanto, al acoger dicha teoría en su Resolución de sanción, la SIC se estaría extralimitando en su función interpretativa.

4.1.3 Frente a la inexistencia de pruebas que soporten la realización de un acuerdo anticompetitivo

En los recursos de reposición presentados por **ANDCOM LTDA., COMUNICACIONES MELTEC S.A., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA TELEMÁTICA G Y C LTDA., INTERSEG S.A. y UNIÓN ELÉCTRICA S.A.**, y de los señores **JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, ADRIANA MARCELA CORREA GUTIERREZ DE PIÑERES, JUAN CARLOS SALLEG VELANDIA, MARIA CLEMENCIA VALDERRAMA, JESÚS EFRAÍN OSSA GOMÉZ y AARON RABINOVICH JAMRI**, los recurrentes señalan que en el expediente no existe prueba que permita inferir su participación en el presunto acuerdo colusorio, ni de forma directa ni de forma indirecta; tanto así que el mismo Despacho lo reconoce cuando expresa lo siguiente: *"reconoce este Despacho que su*

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

participación dentro del mismo no fue directa, lo que se considerará como atenuante de la sanción a imponer”.

Indican que el argumento del Despacho carece de rigor jurídico y fáctico pues sustenta su responsabilidad sobre la base de que se designó como representante legal de la UT al señor AARON RABINOVICH, quien tenía a su cargo la representación de los intereses de todos los miembros de la UT ante el MIJ, en lo que se encontraba relacionado con la presentación de la propuesta, suscripción, ejecución y liquidación del contrato, hecho que señalan como falso pues a quien designaron como representante legal principal fue al señor ANDRÉS BOTERO ARBELÁEZ.

Que si bien el señor RABINOVICH fue designado como representante legal suplente, no resulta valido colegir que de dicha designación se derive una aquiescencia para la celebración de un acuerdo contrario a la libre competencia.

Por su parte, rechazan el argumento del Despacho según el cual el haber otorgado poderes para adelantar actuaciones jurídicas en la etapa posterior al proceso de selección abreviada permitieron mantener la distorsión en el mercado, pues pretender derivar la tolerancia en la realización de un acuerdo presuntamente contrario a la libre competencia con base en el otorgamiento de un poder carece de todo rigor, pues es algo que responde naturalmente al ejercicio del derecho fundamental del acceso a la justicia.

En consecuencia, mal puede interpretarse que el ejercicio del derecho de acceso a la justicia sea un elemento siquiera indiciario o una prueba para colegir la tolerancia en la realización de un presunto acuerdo anticompetitivo, pues se estaría en presencia de una inducción a la renuncia del derecho a la defensa contemplado en la constitución política nacional y al cual toda persona tiene acceso por derecho propio.

Finalmente señalan que en Colombia se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva y que no es posible imponer una sanción sin una demostrada culpabilidad. Siendo esto así, acudir a la omisión en el deber de cuidado a efectos de configurar la responsabilidad de los investigados denota la falta de material probatorio, desconoce el principio de necesidad de la prueba e impone una carga injusta y de imposible cumplimiento a los administrados, pues no es dable que la SIC exija que un deber de vigilar el comportamiento de terceras personas del cual no se tenía previo conocimiento, a lo mucho, constituyan meros rumores.

Por su parte el señor **MAURICIO PARADA PERILLA** manifiesta que en este proceso se ha visto en presencia de una imputación con tintes de prejuzgamiento, la cual adolece de toda fundamentación real, fáctica y jurídica. Igualmente, refiere que él no es una de las personas a las cuales se le interceptó la línea telefónica por parte de la Fiscalía, y que él no fue uno de los interlocutores de las conversaciones que fueron interceptadas de DIANA NASSIF. También afirma que no está probado en el expediente que se hubiera reunido con la señora DIANA NASSIF para presuntamente acordar maniobras colusorias.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

En primer lugar el recurrente señala que el nunca fue proponente del proceso de selección abreviada que se investiga, y que no se presentó a dicho proceso pues la exigencia era que participaran empresas y no personas naturales. Manifiesta que la única prueba de su responsabilidad se refiere a la interceptación de unas supuestas llamadas telefónicas en las que no actúa como interlocutor, sino en las que presuntamente hablan de él, las cuales no son otra cosa que escuchas de conversaciones privadas en donde los interlocutores se refieren presuntamente a él y que, en esa medida, no podrían ser usadas en su contra, pues serían simplemente una mera sospecha, más no un indicio serio o una prueba contundente de su responsabilidad.

Señala igualmente que si bien se reunió con algunas personas de las investigadas, lo hizo únicamente sirviendo de contacto entre unos y otros, de lo cual dan fe los interrogatorios rendidos por todas las personas que asistieron a la reunión, coincidiendo todos en que su papel en estos encuentros no tuvo otro objetivo que servir de contacto entre unos y otros y no de efectuar un acuerdo colusorio. Así las cosas, critica el hecho de que la SIC decide no le dé crédito a los interrogatorios, descartando dichas pruebas y decidiendo que lo único que tiene valor son las grabaciones de las conversaciones privadas en donde en momentos aislados se menciona su nombre.

De otra parte, refiere que no existe ningún proceso penal en su contra y que lo que hay es una serie de quejas infundadas, temerarias y contradictorias de otros competidores en el medio de la seguridad electrónica, así como una serie de ecos recogidos en la prensa amarillista de este país que terminan por condenar a los ciudadanos sin necesidad de un juicio previo.

Finalmente, critica la inexistencia de una prueba directa que permita demostrar o evidenciar un acuerdo colusorio, o elementos directos que permitan prever la existencia de un acuerdo verbal de dicho tipo, así como la utilización de otras pruebas que, utilizadas a conveniencia de la Superintendencia, fundamentan su responsabilidad y la consecuente imposición de una sanción. En consecuencia, reitera el recurrente que no participó del proceso de selección que se investiga, y señala que no hay ni puede existir prueba directa o indirecta que lo vincule ilícitamente a alguna de las uniones temporales participantes o a las empresas que las integran de las que se pueda deducir la existencia de un acuerdo colusorio. Asimismo, afirma que las denuncias que se hicieron con respecto a este proceso pueden ser un indicio de desacuerdo entre las empresas que conformaron las uniones temporales o de entorpecer el proceso, pero nunca un indicio de la responsabilidad de él, quien no era parte en el proceso.

De otro lado **CIPECOL LTDA.** y la señora **DIANA NASSIF** indican que la resolución de sanción viola sus garantías procesales y constitucionales. Para soportar dicho argumento inician sus consideraciones señalando que el proceso sancionatorio, por ser una manifestación del ordenamiento punitivo, debe respetar los principios del derecho penal, razón por la cual para que un acto sea sancionado debe ser típico, antijurídico y culpable, y cualquier duda debe resolverse a favor de los investigados. En virtud de lo anterior, el tipo sancionatorio de la celebración del acuerdo requiere que se verifique que efectivamente se realizó un acuerdo para luego determinar si el mismo es contrario a las normas de competencia.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Señalan que en este orden de ideas, de conformidad con las pruebas legales que reposan en el expediente, no se encuentra una confesión o documento que demuestre que ellos y los miembros de la UT SEGURIDAD CARCELARIA hubieran celebrado un acuerdo, y que la supuesta realización del mismo se deduce de la interpretación y valoración de unas pruebas ilegalmente trasladadas, las cuales ni siquiera evidencian que se hubiera realizado un acuerdo.

En consecuencia, señalan que teniendo presente que no hay plena certeza de la existencia de un acuerdo colusorio y que existe duda al respecto, debe respetarse el debido proceso y resolver dicha duda a su favor, absolviéndolos de las conductas imputadas.

Por su parte en el escrito de reposición presentado por **RAPISCAN SYSTEMS INC**¹⁹ en contra de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012, se realizan algunas consideraciones previas respecto de la investigación adelantada por la Delegatura así como de las calidades de su representado, en las cuales se indica que RAPISCAN SYSTEM INC., es una sociedad extranjera que no tiene ni domicilio ni sucursal en Colombia y que para el año 2006 se interesó en incursionar en el mercado colombiano y para ello buscó empresas con las que pudiera acceder a éste. Que fue por esta razón que se contactó con la empresa CIPECOL LTDA., quien para la época no tenía antecedentes administrativos, disciplinarios o judiciales conocidos que afectaran su reputación o credibilidad y que como consecuencia de dicho contacto RAPISCAN otorgó un poder a CIPECOL para que presentara propuestas y ofertas de sus productos a entidades públicas y privadas en procesos de licitación, adquisición o contratación.

Señaló que en el año 2008 CIPECOL informó a su representada sobre la posibilidad de participar en un proceso adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia, oportunidad en la que se interesó su representada y para la cual desarrolló todas las actuaciones que estuvieron a su alcance. Finalmente, indicó que tiempo después su representada se enteró por medios de comunicación escritos que algunos funcionarios de CIPECOL, actuando en interés propio y en contravía de los intereses de CIPECOL y sobre todo de su representada (RAPISCAN), habían presuntamente incurrido en actos ilícitos encaminados a obtener un resultado que favoreciera a un competidor dentro del proceso de selección.

El investigado señala que tal y como lo manifestó la Superintendencia en su resolución "su participación no fue directa dentro del acuerdo colusorio, sino que no se evidenció la intención de artificialmente afectar el proceso licitatorio" y que por este motivo la sanción impuesta debe ser revocada toda vez que RAPISCAN no celebró acuerdos o convenios que tuvieran por objeto la colusión en licitaciones o concursos ni como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos o distribución de concursos, para lo cual basta revisar el expediente para confirmar que no existió prueba alguna de la conducta supuestamente anticompetitiva.

¹⁹ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 13150 a 13189.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Señala que la superintendencia sancionó simplemente porque, según la entidad, RAPISCAN debió conocer la celebración del acuerdo colusorio, aunque contradictoriamente reconoce, al mismo tiempo, que no tenía interés de interferir en los resultados de la licitación ni participó directamente en el acuerdo.

El investigado argumenta en primera medida que nunca celebró acuerdo o convenios que tuvieran por objeto la colusión en licitaciones o concursos ni como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos o distribución de concursos y que la Superintendencia desconoció las normas jurídicas en que debía fundarse, desconociendo el derecho de defensa, mediante falsa motivación y desviación de poder.

En ese sentido, señala que desconoció que en el expediente existe abundante material probatorio aportado por RAPISCAN que evidencia los esfuerzos realizados por dicha empresa para asegurarse de tener toda la documentación necesaria para poder presentar una oferta exitosa en el proceso licitatorio que dio origen a la investigación. Que pese a lo anterior se sancionó a RAPISCAN bajo el entendido de que vigiló a CIPECOL, pero que desafortunadamente no lo suficiente para evitar que cometiera actos ilícitos y, por ello, los actos desplegados por CIPECOL vincularon a RAPISCAN.

Acto seguido, el investigado expone los elementos para que se configure la conducta colusoria, señalando que para el presente caso dichos elementos no se predicán respecto de RAPISCAN. En primera medida, manifiesta que RAPISCAN no participó de ningún acuerdo, con ninguna sociedad, y con ningún miembro de otra unión temporal que participara en el proceso de selección, y tampoco tenía la intención de afectarlo con una colusión.

Reitera que nunca se probó por parte de la Superintendencia que existiera alguna expresión de voluntad por parte de RAPISCAN de configurar un acuerdo o de presentar una oferta defectuosa para que otra UT fuera la adjudicataria del contrato, ni se probó que realizara alguna conducta a cambio de un pago o promesa de pago. Todo lo contrario, lo único que hizo RAPISCAN fue prestar su conocimiento para participar y ganar el proceso de selección.

Señaló que en virtud de lo anterior, no es dable endilgarle a RAPISCAN un acuerdo colusorio para el cual no prestó su conocimiento de forma alguna y, por ende, como consecuencia lógica, no existe acuerdo que lo vincule, faltando el elemento de la intención o voluntad que configura la conducta anticompetitiva, que según la Investigada es un elemento esencial de la misma, y no puede presumirse como lo hizo la Superintendencia.

Señala igualmente que las únicas pruebas que tiene la Superintendencia vinculan únicamente a DIANA NASSIF, como persona natural, y no a RAPISCAN, razón por la cual si existió acuerdo, el mismo fue celebrado exclusivamente por aquellos que intervinieron en las reuniones y conversaciones estudiadas por la SIC, pero nunca por RAPISCAN, que no participó de ninguna de ellas. Según los investigados, la única justificación de la Superintendencia para imponer la sanción a RAPISCAN fue que

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

"conoció o debió haber conocido" del acuerdo anticompetitivo, lo cual resulta inaceptable según la Investigada.

Por su parte, dice que la Superintendencia no probó la ocurrencia de la conducta respecto de RAPISCAN, que no desvirtuó la presunción de inocencia e invirtió la carga de la prueba frente al investigado, infringiendo las normas aplicables y con falsa motivación, pues sancionó a RAPISCAN indicando que era culpable de un acuerdo colusorio por cuanto no probó que no lo fuera.

Lo anterior es así por cuando la Superintendencia señaló que RAPISCAN no aportó al expediente pruebas que mostrarán su interés de ganar la licitación; no aportó al expediente copia de la investigación interna realizada para verificar los hechos relacionados con la licitación; no rechazó expresamente las conductas de CIPECOL antes de que fueran públicamente conocidas; no supervisó e investigó constantemente las actuaciones de CIPECOL y; no probó que no se enteró del escándalo relacionado con el proceso de licitación mediante una transmisión de radio de la emisora La W.

En efecto, el investigado señala que la Superintendencia era la encargada de probar que RAPISCAN conocía del acuerdo colusorio; conocía las actuaciones adelantadas por CIPECOL; así como de probar la participación de RAPISCAN en el acuerdo colusorio o la ratificación de RAPISCAN de las actuaciones de CIPECOL; el interés que motivaba a RAPISCAN a participar en el acuerdo colusorio; el fundamento legal para hacer responsable a RAPISCAN por actuaciones de CIPECOL y sus representados; las razones por las cuales se desvirtuaba el principio de confianza y, en general, las razones por las cuales se podía entender que RAPISCAN había incurrido en una conducta anticompetitiva; La Superintendencia nunca lo hizo, y asignó la carga de la prueba a RAPISCAN, violando las normas jurídicas que regulan este tipo de procedimientos.

Asimismo, manifiesta que la SIC pretendió desvirtuar la terminación del contrato de mandato entre RAPISCAN y CIPECOL, como si la ruptura de la relación comercial no fuera prueba de la inconformidad de RAPISCAN, además de no valorar innumerables pruebas que evidenciaban el descontento y los perjuicios que CIPECOL causó a RAPISCAN, violando su derecho de defensa por rechazar de plano evidencias que permiten advertir su comportamiento diligente.

También señala RAPISCAN que se le impuso una sanción como consecuencia de una conducta distinta a la investigada, pues las supuestas omisiones de RAPISCAN no están comprendidas en el marco normativo de la conducta investigada y sancionada, que además no está sancionada en la ley, razón por la cual la Resolución de sanción desconoce abiertamente las normas aplicables y se impone una sanción con falsa motivación.

Lo anterior es así por cuanto RAPISCAN, de manera inexplicable, no fue sancionada por celebrar acuerdos contrarios a la libre competencia que tuvieran como efecto la colusión en licitaciones, sino que resultó sancionada porque la Superintendencia consideró que RAPISCAN omitió un supuesto deber de vigilancia de su mandatario, que además de no estar consagrado ni sancionado en la ley, no constituye una conducta

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

contraria a la libre competencia, ni infringe los artículos 1 de la Ley 155 de 1959 y 47 del Decreto 2153 de 1992.

Señala el investigado que, en efecto, no se explica de forma alguna en la resolución por qué incumplir un supuesto deber de vigilancia podría considerarse como un acto contrario a la libre competencia, concluyendo y reprochando un supuesto incumplimiento de un deber de comportamiento que a su juicio sería el esperado de un buen hombre de negocios, sin exponer de forma alguna las razones por la que tendría la facultad para sancionar a un particular por cuenta de la supuesta desatención de un deber de conducta. Y que en el caso en que RAPISCAN hubiera incumplido el supuesto e inexistente deber de vigilancia de su mandataria -que no lo hizo- dicho incumplimiento, en el peor de los casos podría eventualmente constituir una fuente de responsabilidad civil extracontractual frente a los perjuicios sufridos por un tercero, pero no podría ser calificado como un acto contrario a la libre competencia.

Otro de los argumentos expuestos por el investigado corresponde a la improcedencia de los análisis fácticos y jurídicos efectuados por la SIC como fundamento de la decisión de sancionar a RAPISCAN, pues dicho análisis se configura como una falsa motivación, en la medida en que no corresponden a la realidad fáctica y jurídica acreditada en el curso de la investigación.

Señala que RAPISCAN no aceptó tácitamente la celebración de un acuerdo colusorio ni consintió en su desarrollo, y que en todo caso es inexistente el fundamento legal para considerar que RAPISCAN en alguna manera ratificó las actuaciones desarrolladas por CIPECOL, ya que no se presentan ninguno de los supuestos a partir de los cuales la ley permite considerar la existencia de una ratificación de actuaciones por fuera del mandato.

Cita el artículo 1266 del Código de Comercio para referir que las actuaciones del mandatario que exceden los límites del mandato sólo tienen efectos frente a éste, salvo que el mandatario los ratifique, y señala que en el presente caso la ratificación del mandante de la actuación ilegal del mandatario no se presentó, en la medida en que nunca fueron conocidos por RAPISCAN.

Señala que RAPISCAN estaba interesado en ganar la licitación y no en perderla, por lo que no existe fundamento alguno para considerar razonablemente que aprobó todas las actuaciones desplegadas para conformar la colusión. Adicionalmente, manifiesta que CIPECOL nunca informó a RAPISCAN que estaba desarrollando actividades tendientes a celebrar un acuerdo colusorio, que sus intereses habían cambiado, o que ya no estaba interesada en ganar la licitación sino en perderla. Mucho menos informó que los demás miembros de la Unión Temporal habían renunciado y conformado una nueva unión temporal para presentar una propuesta independiente. Según el Investigado, toda esta información resultaba relevante para que RAPISCAN determinara qué actuaciones seguir y en cuáles CIPECOL seguiría representándola. No obstante, RAPISCAN nunca se enteró de nada de lo anterior porque CIPECOL no se lo comunicó y, como consecuencia de ello, resulta imposible considerar que existió una ratificación del mandante frente a las actuaciones del mandatario.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Además, manifiesta que se presenta una inexistencia de prueba de la aceptación o ratificación de RAPISCAN frente a las actuaciones de CIPECOL. Frente al particular la investigada señala que tanto respecto del pliego de cargos como al informe motivado explicó desde distintas ópticas las razones por las cuales las actuaciones desarrolladas por DINA NASSIF y CIPECOL que se encontraban por fuera del mandato que dio RAPISCAN a CIPECOL, no vinculaban a RAPISCAN, y que dichos motivos no fueron tenidos en cuenta en la resolución de sanción, bajo el entendido de que RAPISCAN había manifestado tácitamente su aquiescencia respecto de las conductas desarrolladas por su mandatario, aunque no existe prueba que sustente dicha afirmación.

También indica el investigado que no hay prueba de que RAPISCAN hubiera conocido las actuaciones de CIPECOL encaminadas a perfeccionar un acuerdo colusorio, y por ello, no es posible afirmar que las ratificó. Que simplemente si las actuaciones de CIPECOL fueron desarrolladas por fuera de las facultades que la vinculaban con RAPISCAN, dichas actuaciones únicamente podían vincular a quien las desarrolló, esto es, a CIPECOL. según la Investigada, la Superintendencia incurre en un error en la medida en que parte del supuesto de que RAPISCAN conoció o debió conocer las actuaciones de CIPECOL y de sus representantes para, posteriormente, concluir que RAPISCAN ratificó o debió haber ratificado las actuaciones ocultas de mala fe por CIPECOL.

Refuerza su argumento indicando que una cosa es que RAPISCAN debiera conocer la realización de un acuerdo colusorio, lo cual tampoco es cierto por cuanto no existe una norma legal que imponga tal deber y, otra muy distinta, que hubiera aceptado tácitamente la celebración del supuesto acuerdo. Que contrario a lo afirmado por la Superintendencia, RAPISCAN no debía conocer las actuaciones de CIPECOL pues ello se encontraba por fuera de su encargo, alcance y posibilidades, en la medida en que no existe norma legal que así lo prevea, ni prueba alguna de que RAPISCAN hubiera tenido conocimiento alguno de las actuaciones de CIPECOL.

Señala que en todo caso, lo cierto es que en el momento en el que RAPISCAN tuvo conocimiento de la investigación pidió inmediatamente explicaciones a CIPECOL sobre el particular y después de analizar su respuesta y realizar una investigación interna decidió dar por terminado el contrato de mandato y/o representación que existía, tal y como se encuentra probado en el expediente. Que en virtud de lo anterior, la SIC no debería descartar las comunicaciones con CIPECOL y la terminación del contrato que la vinculaba con RAPISCAN, pues ellos evidencian claramente el desconocimiento de los hechos por parte de RAPISCAN y su rechazo a los mismos, a tal punto, que fue suficiente la falta de confianza en la información suministrada para dar por terminado el contrato.

Crítica la Investigada el hecho de que la SIC presumió sin ningún fundamento que RAPISCAN debió conocer con anticipación de la investigación al proceso de licitación previa a la fecha en la que lo hizo, es decir, en marzo de 2009, por cuanto en el mes de octubre de 2008 la emisora La W habría entrevistado al Zar Anticorrupción de Colombia y habría transmitido dicha entrevista en Estados Unidos, cuando RAPISCAN, en primer lugar, no tiene certeza de que la entrevista hubiera sido transmitida en California-

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Estados Unidos de América, y que en caso de que así hubiera sido, RAPISCAN no tenía la obligación de hacer seguimiento a la emisora la W en Estados Unidos, de manera que la SIC no puede presumir que RAPISCAN conocía de los hechos desde la transmisión de la entrevista.

Adicionalmente, manifiesta el investigado que hasta donde tiene conocimiento, la polémica, la investigación y la entrevista al zar anticorrupción, se produjo con posterioridad a la ocurrencia del supuesto acuerdo colusorio, es decir, después de presentada la oferta dentro del proceso de licitación, de manera que las conductas investigadas y sancionadas ya habían sido realizadas. Siendo esto así, el acuerdo anticompetitivo ya se habría celebrado y ejecutado sin conocimiento, participación, representación, intención o voluntad de RAPISCAN, y sus efectos no le son oponibles.

De otra parte, RAPISCAN argumenta que la Superintendencia desconoció múltiples pruebas que acreditan el interés de RAPISCAN por obtener la adjudicación del contrato. Pruebas que la Delegatura tuvo en cuenta en su Informe Motivado para resaltar que RAPISCAN había hecho seguimiento a la etapa precontractual del proceso licitatorio, en especial un correo electrónico en el que PHIL WASHER de RAPISCAN pidió ser informado de la posibilidad de resultar adjudicatario de la licitación y se ofreció a colaborar con lo que se necesitara para tener mejores posibilidades de ganar, ofreciendo igualmente realizar revisiones a la oferta, e incluso viajar a Bogotá para ayudar con la presentación de la propuesta.

Que la SIC tampoco tuvo en cuenta correos electrónicos en los que los funcionarios de RAPISCAN manifestaban su preocupación por la importancia de la documentación aportada. Señala también que el interés de resultar adjudicatarios de la licitación fue corroborado por PETER WILLIAMSON, Vicepresidente Ejecutivo de Ventas, quien señaló que para la época del proceso de selección, RAPISCAN no tenía muchos negocios en Colombia y que para ellos era muy importante empezar a ganar licitaciones en Colombia y posicionar la marca en el País.

Concluye el investigado frente a este argumento que así no hubiera sido muy diligente en el proceso de licitación ello no indica que hubiera celebrado un acuerdo colusorio y que, presumir que RAPISCAN participó en el acuerdo colusorio porque no aportó más pruebas que acreditaran su interés en ser seleccionado en el proceso constituye una decisión caprichosa y arbitraria. Igualmente, señalan que los resultados de la investigación interna adelantada por RAPISCAN, que la Superintendencia echa de menos, eran relevantes para probar la intención que RAPISCAN tenía de ganar la licitación y que lo cierto es que dichos resultados evidenciaban que CIPECOL le había ocultado totalmente sus actuaciones frente al supuesto acuerdo colusorio.

De otro lado, RAPISCAN manifiesta en el escrito del recurso que la SIC no tuvo en cuenta la diferencia entre la calidad de representante legal y la de mandante, y, por ello, entendió equivocadamente que DIANA NASSIF representó legalmente a RAPISCAN. Señala que, DIANA NASSIF no era representante legal de RAPISCAN, ni su apoderada, y por ende concluyó equivocadamente que todas las consecuencias negativas o positivas de sus actuaciones tendrían que asumirse por RAPISCAN.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Que debe recordarse que RAPISCAN le otorgó un poder a CIPECOL para que presentara la propuesta y realizara actos en su nombre de cara a la participación en el proceso de licitación, y que la señora DIANA NASSIF tenía la calidad de representante legal de CIPECOL, pero no tenía la representación ni era apoderada de RAPISCAN, y que por ello cualquier actuación desplegada por la señora NASSIF no podría vincular de forma alguna a RAPISCAN.

Señala que como quiera que el apoderado de RAPISCAN era CIPECOL, para considerar algún tipo de representación, hacía falta que ésta sociedad tomara la decisión de indicar que actuaba como apoderado de RAPISCAN (aunque no tuviera poder para ello), lo cual nunca ocurrió y que adicionalmente, CIPECOL en ninguna actuación manifestó que actuaba ejerciendo el mandato otorgado por RAPISCAN, luego no existe la posibilidad de concluir que las actuaciones de la representante legal de CIPECOL eventualmente habrían tenido algún efecto sobre RAPISCAN. Manifiesta que RAPISCAN sólo podría resultar obligado de actuaciones de CIPECOL si éstas implicaran el ejercicio de las facultades otorgadas en el poder, como la suscripción del contrato, constitución de pólizas y la ejecución de las obligaciones derivadas de la unión temporal.

De igual forma, el investigado señala que el poder otorgado por CIPECOL no incluía la posibilidad de vincular a RAPISCAN a un acuerdo colusorio y que por este motivo los actos desplegados por CIPECOL no pueden obligar a RAPISCAN, que en efecto las denominadas "irregularidades" constituyeron extralimitaciones de CIPECOL al poder y, por ende, no se realizaron en nombre de RAPISCAN, ya que CIPECOL no tenía autorización ni legitimidad para actuar como representante de RAPISCAN para dichos efectos. Que además CIPECOL no podría representar a RAPISCAN si estaba desarrollando actuaciones, y que además de no hacer parte del contrato de mandato, eran contrarias al mismo y nunca fueron conocidas por el supuesto mandatario.

Critica el investigado que en la resolución la SIC consideró que un poder otorgado a una sociedad para participar en un proceso de licitación incluye la facultad de celebrar acuerdos colusorios por ser un resultado de la representación, argumento que el investigado tilda de absurdo y carente de cualquier fundamento.

Adicionalmente, RAPISCAN manifiesta que la sanción que le fue impuesta desconoce el hecho de que para ella era imposible supervisar todas las actuaciones de CIPECOL, pues choca con el sentido común que todo poderdante este en la obligación de conocer todas las actuaciones delictivas que en secreto realice su mandatario, pues físicamente no existe la posibilidad y legalmente tampoco existe tal deber, más aun si se tiene en cuenta que el mandante es una sociedad extranjera sin domicilio en Colombia.

De igual forma señala que la sanción que le fue impuesta desconoce el principio de confianza entre los particulares, según el cual RAPISCAN podía confiar en que CIPECOL iba a actuar de la manera en que lo había prometido, cumpliendo el objeto del contrato del mandato otorgado y apegándose a la legalidad, pues desde el momento de la celebración del contrato de mandato y/o representación, no existió motivo alguno que le permitiera dudar de la gestión adelantada por CIPECOL. Así mismo indica que la sanción impuesta también desconoce el principio de buena fe y la

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

presunción de inocencia, por cuanto no existe fundamento legal para que en el curso de una investigación administrativa el investigador rechace o deje de lado las pruebas que demuestran la inocencia del investigado, más aún, cuando no existen pruebas que lo vinculen con los hechos investigados.

La Investigada recuerda cómo la sanción se fundamentó en que RAPISCAN no actuó como un buen hombre de negocios. Según ella, dicha cuestión no prueba su participación en una colusión, frente a refiérelo cual señala que sí actuó como un buen hombre de negocios y que dado que no existe una obligación o un deber legal del mandante de vigilar las acciones de su mandatario, resulta evidente que la actuación de RAPISCAN no fue contraria a aquella que tendría un buen hombre de negocios.

Además, señala que actuar como un buen hombre de negocios no implica controlar actos ilícitos o ilegales de su mandante, y en todo caso su incumplimiento no permite suponer la participación en acuerdos colusorios. Según él, la SIC sólo conoció del supuesto acuerdo colusorio que sancionó mediante interceptaciones telefónicas que realizó la fiscalía, luego resulta absurdo que alegue ahora que un buen hombre de negocios habría encontrado la ocurrencia de un acuerdo colusorio y se imponga una sanción con fundamento en la exigencia de un comportamiento y un resultado que ningún particular podría llevar a cabo y obtener, además del hecho de que no actuar como un buen hombre de negocios no prueba ni constituye un acuerdo colusorio.

Por su parte, manifiesta que la SIC desconoció las pruebas que acreditan que RAPISCAN quería ganar la licitación y que RAPISCAN no conocía que las sociedades CONTROL BOX y EBC INGENIERÍA se hubieran retirado de la unión temporal, la SIC únicamente acomodó interpretaciones dejando de lado las pruebas y argumentos que desvirtuaban cualquier su responsabilidad.

Agrega que fue sancionado sin haber sido juzgado bajo los mismos parámetros de los otros investigados. Señala como totalmente arbitrario que respecto de los otros miembros de la unión temporal, es decir, CONTROL BOX, EBC INGENIERIA y SECURITY BUSINESS la SIC dijo haber encontrado suficientes pruebas de su interés legítimo de participar en el proceso, pero respecto de RAPISCAN dicha clase de pruebas no fue suficiente. Que en este sentido, resulta seriamente reprochable que frente a los demás miembros del consorcio, la SIC entendiera como pruebas válidas de su intención correos electrónicos de las mismas fechas de los correos electrónicos que fueron presentados por RAPISCAN y que se rechazaron como pruebas.

De manera posterior argumenta RAPISCAN que la SIC fundamentó la sanción en una equivocada interpretación de las cláusulas del contrato de distribución, pues el mismo no conllevaba la posibilidad de representar al distribuido, por lo que no existe fundamento legal para afirmar que un comportamiento ilícito del distribuidor podría afectar al distribuido, en efecto señala que el mencionado contrato contenía una causal de terminación en el caso en el que CIPECOL ejecutara cualquier acto ilícito o violara cualquier norma legal colombiana.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Finalmente RAPISCAN refiere que no tenía ningún interés económico o comercial en el acuerdo colusorio, sino que por el contrario ha sufrido serios daños y perjuicios derivados de la investigación administrativa.

4.1.4 Respetto del traslado del Informe de policía judicial

Los Investigados, de manera reiterada, señalaron que existió un indebido traslado de las pruebas remitidas por la Fiscalía a la presente investigación, así:

MAURICIO PARADA PERILLA señala que en el expediente reposa una prueba documental consistente en un presunto peritaje de la policía judicial, presentado supuestamente a la Fiscalía General de la Nación el día 14 de abril de 2011 y realizado por un señor que en el Informe Motivado denominan como HELBER CORREDOR CASTIBLANCO, funcionario del DAS. Según el Investigado nunca se tuvo conocimiento de dicha prueba sino hasta la lectura del Informe Motivado, y afirma que la prueba fue allegada a la Superintendencia en marzo de 2012, época para la cual ya se había cerrado la etapa probatoria.

Señala que de dicha prueba nunca se le corrió traslado y que, según él, fue practicada a sus espaldas y no conoció de ella en la etapa probatoria y que según transcripciones de dicha prueba se le encuentra responsable de haber coludido en una licitación en la cual nunca se presentó ni participó, violando así su derecho de defensa al no conocer las pruebas con base en las cuales se le encuentra responsable por la autoridad.

Refiere igualmente que en la etapa probatoria de la investigación, en ninguna de las resoluciones a través de las cuales se decretó la práctica de pruebas se solicitó un peritaje de ninguna clase y que según el investigado, dicha prueba se solicitó por parte de la Delegatura fuera del marco de las resoluciones que decretaron pruebas, y en todo caso, sin dar a conocer tales hechos a los investigados.

En relación con la prueba discutida por el recurrente, éste refiere que la misma hace referencia a presuntas interceptaciones de llamadas que realizó la Fiscalía General de la Nación a través de la Unidad 10 Anticorrupción, presuntamente a los señores AARON RABINOVICH, GUSTAVO DOMINGUEZ y MAURICIO PARADA, más sin embargo la Fiscalía refirió en documento del 23 de septiembre de 2011 que a él no le habían realizado ningún tipo de interceptación.

Asimismo, **CIPECOL LTDA.** y **DIANA NASSIF** indican en los escritos de reposición que la resolución de sanción se basó en pruebas ilegalmente trasladadas al proceso, específicamente se refieren a las interceptaciones de llamadas telefónicas practicadas por los funcionarios de Policía Judicial y de las cuales el Despacho concluye que existió un acuerdo colusorio del cual presuntamente habrían sido partícipes.

Para reforzar su argumento indican que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil para que una prueba sea trasladada se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) que la prueba se haya practicado válidamente, (ii) se debe trasladar copia auténtica, y (iii) que en el proceso primitivo se haya practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella (contradicción),

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

refiriendo que en el presente proceso solamente se cumplió a cabalidad uno de los requisitos, como es el de que la prueba se trasladara copia auténtica; más sin embargo los restantes dos requisitos no fueron cumplidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Manifiestan que el hecho de que en la resolución de sanción que fue apoyada en el informe motivado de la Delegatura, se diga que estas pruebas fueron recaudadas conforme a las reglas del C.P.P no significa que las pruebas fueran practicadas válidamente como lo indica el artículo 185 del CPC, pues en el momento de trasladar al proceso dichas interceptaciones no les habían sido formalmente presentadas en el proceso penal para que ejercieran el derecho de contradicción y así verificar su legalidad, pues sólo en ese momento se puede realizar el traslado de la prueba.

De igual forma indican que el hecho que se diga que las interceptaciones fueron puestas a su disposición con la oportunidad de controvertirlas no implica que (i) la contradicción debe surtirse en el proceso primitivo para que pueda ser trasladada y (ii) que dentro del derecho de contradicción para este tipo de pruebas, se puede solicitar un cotejo de voces que confirme si las voces de las personas que se aduce participan de las conversaciones son efectivamente ellas, y este procedimiento debe surtirse en el proceso primitivo. Resaltan que a la fecha tampoco se ha agotado el derecho de contradicción que tienen y por consiguiente la prueba no podía ser trasladada al proceso administrativo.

Concluyen su argumento reiterando que las pruebas allegadas al proceso desde la fiscalía, esto es, registro de llamadas y audio con las grabaciones de las llamadas interceptadas por la policía, no cumplían los requisitos para ser trasladadas a este proceso, toda vez que estas aún no han sido controvertidas en el proceso primitivo y, por consiguiente adolecen de valor probatorio en este proceso, pues para que el juez pueda valorar las pruebas, estas deben ser legal, regular y oportunamente aportadas al proceso, razón por la cual la aceptación y valoración de estas pruebas es una abierta violación al derecho fundamental de defensa y el debido proceso.

4.1.5 Frente a la dosificación de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio

En los recursos de reposición presentados por **ANDCOM LTDA., COMUNICACIONES MELTEC S.A., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA TELEMÁTICA G Y C LTDA., INTERSEG S.A. y UNIÓN ELÉCTRICA S.A.**, y de los señores **JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, ADRIANA MARCELA CORREA GUTIERREZ DE PIÑERES, JUAN CARLOS SALLEG VELANDIA, MARIA CLEMENCIA VALDERRAMA, JESÚS EFRAÍN OSSA GOMÉZ y AARON RABINOVICH JAMRI**, los investigados refieren que en el caso en el que el Superintendente no acoja sus pretensiones, solicitan reconsiderar la dosificación de la sanción, pues la empresa investigada no está en la capacidad económica de sufragar 300 millones de pesos, ni su representante legal de asumir una multa de 60 millones de pesos.

Señala igualmente que el Despacho no tuvo en cuenta que en lo que se refiere a la participación de las empresas en la UT, MELTEC COMUNICACIONES participó en un

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

1%, EGC COLOMBIA en un 17% , UNIÓN ELECTRICA S.A. en un 14% y de INGENIERÍA y TELEMÁTICA G Y C LTDA., el 17.5%.

Refieren que una multa como la impuesta se torna confiscatoria, pues ni la empresa ni su representante legal pueden asumir esta carga, razón por la cual la SIC no puede desconocer la realidad económica de los investigados.

QUINTO: Que el 25 de octubre de 2012 se puso en conocimiento del Superintendente De Industria y Comercio, Dr. PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, que los investigados sancionados presentaron los recursos de reposición relacionados previamente en el presente escrito en contra del acto administrativo de sanción.

SEXTO: Que mediante comunicación radicada con el No. 12-191027 del 25 de octubre de 2012, dirigida al Ministro de Comercio Industria y Turismo, Dr. SERGIO DÍAZGRANADOS GUIDA, el Superintendente de Industria y Comercio se declaró impedido para conocer y decidir todos los asuntos que tuviera que atender en ejercicio de sus funciones como Superintendente de Industria y Comercio, en relación con la investigación con radicado No. 08-126301 en la que se profirió la Resolución No. 53991 de 14 de septiembre de 2012, *“por la cual se imponen unas sanciones”*.

SÉPTIMO: Que mediante Resolución No. 5571 del 27 de noviembre de 2012, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo resolvió aceptar el impedimento manifestado por el Superintendente de Industria y Comercio, para conocer de todos los asuntos que en su condición de Superintendente deba atender en relación con la investigación No. 08-126301.

OCTAVO: Que mediante Decreto No. 2696 del 21 de diciembre de 2012 se designó al Superintendente de Sociedades, Dr. LUIS GUILLERMO VELEZ CABRERA, como Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc para conocer de cualquier asunto relacionado con la investigación No. 08-126301 que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio.

NOVENO: Que mediante comunicación radicada con el No. 08-126301-375-1 del 15 de febrero, la Superintendencia de Industria y Comercio remitió el expediente radicado con el No. 08-126301 a la Superintendencia de Sociedades para que el Dr. LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, en su calidad de Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc, procediera a resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución de Sanción No. 53991 del 14 de Septiembre de 2012, así como cualquier otro asunto relacionado con dicha investigación administrativa.

DÉCIMO: Que de conformidad con la información remitida por la Superintendencia de Industria y Comercio se verificó que el Cuaderno Público No. 48 no se encontraba en el expediente radicado con el No. 08-126301.

DÉCIMO PRIMERO: Que como quiera que la información que se encontraba archivada en el Cuaderno Público No. 48 del expediente administrativo No. 08-126301 correspondía a actos administrativos de carácter público expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, se verificó que no se hace necesario llevar a

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

cabo la audiencia de reconstrucción de que trata el artículo 133 del Código de Procedimiento Civil, ya que la información allí contenida se recuperó en su totalidad pues la misma se encontraba, en el Sistema de Trámites y en los archivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual, al ser pública y reposar en su totalidad en la Entidad, y en aplicación de los principios de celeridad y eficacia de la administración, se procedió a archivar la información recuperada que obraba en el Cuaderno Público No. 48, en el Cuaderno Público No. 50.

DÉCIMO SEGUNDO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984²⁰, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, no se considera procedente decretar pruebas de oficio.

DÉCIMO TERCERO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, pronunciándose en primer lugar sobre los argumentos relacionados con la aplicación del artículo 76 la Ley 1437 de 2011 y aquellos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria, para de manera posterior estudiar las apreciaciones de los investigados según las cuales hay inexistencia de pruebas que soporten la realización de un acuerdo anticompetitivo. Posteriormente, se estudiarán los argumentos relativos a la forma en la que fue trasladado el informe de policía judicial a la presente investigación, y por último, se abordará la dosificación de las sanciones.

13.1 FRENTE A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 76 DE LA LEY 1437 DE 2011

Algunos de los investigados señalan que la Superintendencia de Industria y Comercio no dio correcta aplicación a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, en especial a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 que dispone que el término para la presentación de los recursos de reposición corresponde a diez (10) días y no a cinco (5) días como lo dispuso la resolución de sanción.

En primera medida, cabe resaltar que la Superintendencia de Industria y Comercio actúa en cumplimiento de la constitución y la ley al momento de ejercer sus funciones. En ese sentido, en ejercicio de sus facultades administrativas, es un deber de esta Entidad aplicar las normas vigentes en cada uno de los procesos que se adelantan garantizando el derecho al debido proceso de cada una de las personas naturales y jurídicas que son investigadas.

En virtud de lo anterior y a efectos de dar respuesta al presente argumento manifestado por los investigados, este Despacho considera de suma importancia realizar algunas precisiones respecto de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 -Nuevo Código Contencioso Administrativo-, cuerpo normativo que de manera específica contiene una norma en la que se establece el régimen de entrada en vigencia y de transición de las disposiciones contenidas en la referida Ley.

²⁰ Norma aplicable en virtud de la fecha de inicio de la actuación administrativa.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Es así como de manera clara el artículo 308 del código señala:

“ Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

Como se deriva claramente de lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, las normas contenidas en ella sólo se aplicarán a aquellas actuaciones que la Superintendencia de Industria y Comercio inició en fecha posterior al 1 de julio de 2012. Por esta razón, a aquellas quejas, averiguaciones preliminares o investigaciones que se iniciaron en fecha anterior al 2 de julio de 2012 se les seguirá aplicando el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificada por el artículo 158 del Decreto Ley 019 de 2012, norma especial aplicable.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la investigación administrativa radicada con el No. 08-126301 que culminó con la expedición de la Resolución Sancionatoria No. 53991 del 14 de septiembre de 2012, inició en fecha anterior al 2 de julio de 2012, ello es, el 23 de febrero de 2011, fecha de expedición de la Resolución de Apertura No. 9753. En consecuencia, la norma aplicable es el Decreto 01 de 1984 -Antiguo Código Contencioso Administrativo-, que dispone en su artículo 50, que el plazo para presentar recursos en vía gubernativa es de cinco (5) días, como expresamente se señaló en el numeral 22 de la parte resolutive del acto administrativo de sanción.

En virtud de lo anterior, se equivocan los investigados al señalar que el Despacho del Superintendente pretermitió términos y decidió, en contravía a la ley, otorgar un término inferior al dispuesto por la norma, concediendo un término de tan solo 5 días para efectos de interponer el recurso de reposición.

En consecuencia, no proceden las peticiones de los investigados en las que requieren se extienda el término para la presentación de los recursos de reposición, ni la expedición de un nuevo aviso de notificación, pues en aplicación de las normas legales vigentes la Superintendencia de Industria y Comercio otorgó el término establecido en la ley, sin que exista ninguna violación al derecho al debido proceso de los investigados.

13.2 RESPECTO DE LA CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Al igual que en las observaciones que efectuaron al Informe Motivado expedido por la Delegatura, los Investigados presentaron consideraciones en las que señalan que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio caducó, de

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo. Al respecto de dichas consideraciones, este Despacho procede a dar respuesta a las mismas, en los siguientes términos.

Los Investigados señalaron que la facultad sancionatoria de la Superintendencia caducó de conformidad con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece que dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia del acto sancionable –y no tres años a partir de la cesación de los efectos nocivos del acto anticompetitivo-, caduca la facultad de la administración para sancionar.

Frente a este argumento en particular, cabe anotar que, tal y como se manifestó en el acto administrativo que hoy se recurre, en los casos de acuerdos restrictivos de la competencia por colusión en licitaciones la caducidad de la conducta debe contabilizarse a partir de la liquidación del contrato adjudicado como consecuencia del acuerdo anticompetitivo. Así, el conteo de los tres años otorgados a esta Entidad para investigar y sancionar a quienes llevaran a cabo una colusión en un proceso de contratación estatal inician a partir del momento en el que se liquida el contrato, que a su vez depende del tiempo de ejecución del mismo.

A efectos de exponer los motivos por los cuales la aplicación del término de caducidad en los casos de colusión en procesos de contratación debe ser contabilizada de la manera que se refirió en líneas anteriores, este Despacho considera relevante hacer algunos comentarios respecto de este tipo de acuerdos anticompetitivos.

La colusión en procesos de contratación corresponde a aquel acuerdo que es llevado a cabo entre dos o más proponentes que participan de un proceso de contratación estatal con el propósito de que la competencia al interior del mismo se vea disminuida o incluso eliminada, teniendo como consecuencia directa que el Estado -quien actúa como consumidor de bienes y servicios- no pueda elegir la opción que le resultaría más eficiente para la adquisición de bienes o servicios provenientes del mercado.

Dicha situación genera efectos negativos para la libre y sana competencia y, en general, para los consumidores, siendo el consumidor para el caso de las licitaciones públicas el Estado, quien acude al mercado con el propósito de obtener los bienes y servicios que requiere para la prestación de los servicios públicos que la Constitución Política le ha asignado.

Así las cosas, la existencia de libre competencia en los procesos de contratación que adelanta el Estado se configura como un elemento de una importancia altísima, ya que en la medida en la que exista una pluralidad de agentes de mercado que ofrezcan sus bienes o servicios y que compitan entre sí, será posible para el Estado obtener la mejor oferta en términos de precios competitivos y calidad de los bienes y servicios.

Respecto de la colusión en licitaciones públicas, la OCDE ha establecido que:

“La manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaba que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación.

Las instituciones públicas y privadas a menudo recurren a procesos de licitación competitiva para obtener un mayor valor por el dinero que invierten. Lo deseable en este caso es obtener precios bajos y mejores productos, pues esto se refleja en ahorro de recursos o liberación de los mismos para utilizarse en otros bienes y servicios. El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia).

La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo²¹.
(Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, como quiera que en los procesos de contratación pública se presenta una sustitución de la competencia **en el mercado** por una competencia **por el mercado**, las empresas rivalizan por obtener el derecho a explotar o prestar unos servicios o actividades de manera exclusiva durante un periodo de tiempo determinado. Así, la competencia de los agentes por ese mercado se presenta desde el instante en que el Estado convoca a la licitación del contrato administrativo en el que concurren diversos operadores con diferentes ofertas de precio, calidad y características.

Siendo esto así, la libre competencia aumenta las posibilidades de los oferentes para presentarse de manera autónoma, libre, independiente y en igualdad de condiciones, a concursar por la obtención del contrato ofertado, de acuerdo con las condiciones previamente establecidas por la Ley y por la invitación misma. Así, una vez efectuada la adjudicación al operador con la oferta más ventajosa, se podría entender que para ese escenario particular se ha acabado el proceso competitivo.

En este sentido, resulta conveniente señalar que a pesar de que las restricciones a la libre competencia se presentan de manera específica sobre un proceso contractual específico, la conducta tiene carácter de continuada en tanto se proyecta durante la ejecución del contrato.

En virtud de lo anterior, en los casos en los que se obtiene la adjudicación de un contrato como consecuencia de un acuerdo anticompetitivo, la afectación al mercado permanece en el tiempo durante la ejecución del mismo, toda vez que el sobreprecio que paga el Estado es continuo hasta la terminación del mismo y su consecuente liquidación. Así, cada desembolso que realiza el Estado para pagar un bien o un servicio a precios supra-competitivos (que son el resultado de la acomodación de un proceso de contratación pública) constituye un acto idóneo para trasladar recursos de los consumidores (en este caso el Estado), a los productores, cuestión que a todas luces pretende evitar el derecho de la competencia, que en últimas es un mecanismo para proteger al consumidor.

²¹ OCDE, “Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas”, Febrero 2009.

W

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Radicación N° 08-126301

De esta forma, se equivocan los investigados al decir que en este caso el acto que ocasionó el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia ocurrió en 2008 con la presentación de las propuestas y/o con la adjudicación del contrato, ya que la ejecución del contrato que se derivó del acuerdo colusorio no es otra cosa que la extensión de la conducta en sí misma, pues cada desembolso que efectúa el Estado al adjudicatario es per se la prolongación del pago de un sobreprecio de unos bienes y servicios que no fueron adquiridos en libre competencia. En virtud de lo anterior, el sobreprecio asumido por el Estado se prolongó hasta el momento en que se liquidó el correspondiente contrato, siendo este el último acto constitutivo de la conducta que ocasiona el ejercicio de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

Debe recordarse que el fin último del derecho de la competencia es la protección al consumidor, independientemente de si se trata de un Estado, una persona natural o una persona jurídica. De esta forma, cualquier afectación a ese bienestar materializado en el cobro de precios supra-competitivos constituye una conducta que el Estado debe reprochar, independientemente de cuál hubiese sido el acto primigenio que originó la afectación al consumidor. Lo relevante para el derecho de la competencia es la existencia de actos que sirven para materializar un acuerdo (tales como los desembolsos sucesivos que realiza el Estado), que en sí mismos afectan al consumidor y que, por consiguiente, deben ser reprochados y considerados en sí mismos como anticompetitivos.

Debe anotarse que si bien el efecto formal de una colusión en licitaciones es la adjudicación de un contrato a una oferta menos competitiva, el efecto real lo constituyen las transferencias de dinero que realiza el Estado como consumidor. Es en este momento en el que hay una pérdida de bienestar del consumidor, que es lo que en últimas quiere proteger el derecho de la competencia.

Aceptar una interpretación diferente llevaría al absurdo de reconocer que en un contrato estatal en el que la empresa adjudicataria fue ganadora del concurso como resultado de una conducta anticompetitiva, pero en el que la empresa lleva más de 5 años de ejecución, el Estado no puede hacer nada para proteger al consumidor, sino que tiene que permitir que se sigan presentando desembolsos a precios supra-competitivos, a pesar de que existe una clara transferencia de recursos del consumidor al productor. En efecto, interpretar el derecho de la competencia de esta forma llevaría a desnaturalizar la institución en el caso de las licitaciones públicas, donde lo que se quiere es precisamente evitar que el Estado pague precios supra-competitivos y que, si eso está ocurriendo, se pueda válidamente proteger al consumidor e imponer una sanción de mercado a la compañía.

En ese sentido, no se está realizando ningún tipo de interpretación extensiva de la norma contenida en el artículo 38 del C.C.A., pues la norma señala que "*Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas*"; siendo la liquidación el último acto constitutivo de la conducta.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Frente a este punto en particular, vale aclarar por parte de este Despacho que la defraudación al Estado que es referida en el acto sancionatorio corresponde al sobreprecio pagado como consecuencia de la adquisición de unos bienes y servicios que no fueron escogidos de manera eficiente, sin que dicha afirmación implique que esta Superintendencia se encuentre ejerciendo facultades que no le correspondan, ni mucho menos extralimitando su competencia funcional. Todo lo contrario, es claro que esta Superintendencia investigó la conducta que se sancionó dentro del marco del régimen de competencia y que corresponderá, para cada caso, que otras entidades estatales inicien, de ser pertinente, las actuaciones que correspondan dentro de sus competencias.

De otra parte, este Despacho considera que, contrario a lo afirmado por los investigados, no se está desconociendo de ninguna manera la finalidad de la caducidad, ni mucho menos se está buscando extender el periodo de ocurrencia de los hechos para así extender el término de caducidad, sino que dadas las características de los acuerdos anticompetitivos en procesos de contratación, el término de caducidad se contabiliza desde el momento de la liquidación del contrato, en la medida en que el perjuicio al consumidor se produce a través de actos que son idóneos para continuar la afectación al consumidor y a la competencia, tales como desembolsos de recursos a precios supra-competitivos.

Frente al argumento según el cual la Superintendencia no tiene ningún sustento jurídico, pues ni siquiera en la resolución se exponen argumentos jurídicos o antecedentes que corroboren esta teoría así como tampoco existe una regla o doctrina probable al respecto, más aún cuando existen tan pocos casos investigados por la SIC en materia de colusión en licitaciones en los que se haya proferido una sanción, este Despacho considera que tal y como lo refieren los investigados si bien no existen precedentes jurisprudenciales que hablen sobre la teoría aplicada por esta Entidad, dicha situación no implica que la misma sea errónea, sino que no han existido casos en los que se haya tenido que efectuar el análisis de la aplicación de la caducidad de la facultad sancionatoria en materia de colusión en licitaciones, siendo este caso el momento pertinente para dar claridad sobre este punto en particular.

Finalmente, los investigados manifiestan que los hechos que se investigan por la Superintendencia se remontan a un periodo caduco, esto es el día de la presentación de las propuestas -20 de octubre de 2008- o el día de adjudicación del contrato -27 de noviembre de 2008-. Sin embargo, tal y como se refirió en líneas anteriores, las conductas constitutivas de colusión en licitaciones permanecen en el tiempo durante la ejecución del contrato y hasta la liquidación del mismo, razón por la cual no es aceptable el argumento relacionado con que la época de los hechos corresponde a un periodo caduco, toda vez que la liquidación del contrato se llevó a cabo el 31 de diciembre de 2010.

13.3 FRENTE A LA INEXISTENCIA DE PRUEBAS QUE SOPORTEN LA REALIZACIÓN DE UN ACUERDO ANTICOMPETITIVO

De manera conjunta los investigados señalaron en sus recursos de reposición que la Superintendencia sancionó la realización de un acuerdo anticompetitivo sin que

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

existieran pruebas directas que permitieran demostrar o evidenciar la existencia de un acuerdo colusorio, o elementos directos que permitieran prever la existencia de un acuerdo verbal de dicho tipo, y que por el contrario la SIC utilizó otras pruebas que a su conveniencia fundamentaron la responsabilidad de algunos de los investigados y la consecuente imposición de una sanción.

Este Despacho considera que los argumentos referidos por los investigados frente a este particular no son de recibo, en la medida en la que los mismos se limitan a efectuar afirmaciones indicando la inexistencia de pruebas de la conducta, pasando por alto el análisis jurídico-económico que efectuó la Superintendencia a efectos de establecer la efectiva comisión del acuerdo colusorio que fue sancionado mediante la Resolución No. 53991 de 14 de septiembre de 2012.

Es por este motivo que a continuación se presenta una relación de las pruebas que fueron utilizadas por la Superintendencia y que llevaron a verificar la realización del acuerdo anticompetitivo, para de manera posterior dar respuesta a algunos argumentos individuales en relación con la responsabilidad de algunos de los investigados.

13.3.1 Introducción

La conducta investigada y sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo su origen y fundamento en el proceso de contratación denominado “Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 01 de 2008”, convocado por el Ministerio de Interior y de Justicia, a través del cual se buscaba contratar el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo por dos (2) años, de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional.

Desde la Resolución de Apertura²² de la presente investigación, la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación para determinar si las sociedades CIPECOL LTDA., RAPISCAN SYSTEMS INC., EBC INGENIERÍA S.A., SECURITY BUSINESS SOCIEDAD LIMITADA y CONTROL BOX LTDA. como sociedades que integraron la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008; y por otra parte las sociedades ANDCOM LTDA., EGC COLOMBIA LTDA.²³, INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA.²⁴ INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A., UNIÓN ELÉCTRICA S.A. y MELTEC COMUNICACIONES S.A., como sociedades que integraron la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA, infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. El Despacho recuerda que esta conducta consiste en:

²²Resolución No. 24536 del 2 de mayo de 2011, obrante en carpeta pública No. 19 del expediente, folios 4577 a 4587.

²³ Que por Acta No. 37 de Junta de Socios del 31 de Agosto de 2011, inscrita el 21 de Octubre de 2011 bajo el número 01521949 del Libro IX, la sociedad cambio su nombre de: EGC COLOMBIA LTDA por el de EGC COLOMBIA S.A.S.

²⁴ Que por Acta No. 97 de Junta de Socios del 1 de Agosto de 2011, inscrita el 17 de Agosto de 2011 bajo el número 01504599 del Libro IX, la sociedad cambio su nombre de: INGENIERÍA TELEMÁTICA G & C LTDA. por el de INGENIERÍA TELEMÁTICA G & C S.A.S.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

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

[...]

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

Asimismo, se ordenó abrir investigación a las siguientes personas naturales: DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, en su calidad de representante legal de CIPECOL LTDA. y RAPISCAN SYSTEMS INC.; RODRIGO MEJÍA ARCILA, en su calidad de representante legal de EBC INGENIERÍA S.A.; MARTÍN SANTIAGO SUÁREZ GARCÍA, en su calidad de representante legal de CONTROL BOX LTDA.; LUÍS EDUARDO GÓMEZ HERNÁNDEZ en su calidad de representante legal de SECURITY BUSINESS SOCIEDAD LIMITADA; JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, en su calidad de representante legal de ANDCOM LTDA.; JUAN CARLOS SALLEG VELANDÍA, en su calidad de representante legal de EGC COLOMBIA LTDA.; MARÍA CLEMENCIA VALDERRAMA MEJÍA, en su calidad de representante legal de INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA. para la época de los hechos investigados, AARON RABINOVICH JAMRI, en su calidad de representante legal de INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A. para la época de los hechos investigados; JESÚS EFRAÍN OSSA GÓMEZ, en su calidad de representante legal de UNIÓN ELÉCTRICA S.A.; ADRIANA MARCELA CORREA GUTIÉRREZ DE PIÑERES, en su calidad de representante legal de MELTEC COMUNICACIONES S.A.; ANDRÉS BOTERO ARBELÁEZ, en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA; con el fin de determinar si en su calidad de representantes legales de su empresa o unión temporal pudieron haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas de que tratan el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, conforme al recaudo y práctica de pruebas y su posterior análisis, el Delegado para la Protección de la Competencia consideró probada la conducta y a través de su Informe Motivado recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a algunas de las personas naturales y personas jurídicas investigadas, recomendación que fue acogida con la expedición de la Resolución No. 53991 de 14 de septiembre de 2012, mediante la cual se impuso sanción a algunas de las personas jurídicas y naturales investigadas.

13.3.2 Respecto de las pruebas que fueron tenidas en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio para verificar la existencia del acuerdo colusorio

En primera medida, es necesario resaltar que la decisión adoptada por esta Entidad respecto de la efectiva realización del acuerdo colusorio por parte las empresas y personas naturales que fueron sancionadas en el acto administrativo que hoy se recurre, correspondió exclusivamente a la valoración juiciosa, y en atención a las reglas

UH

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

de la sana crítica de cada una de las pruebas que obran en el expediente de la investigación, las cuales -vale recalcar- se practicaron por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia respetando el derecho de defensa y el debido proceso de cada uno de los investigados.

Tal y como se puede extraer del acto administrativo sancionatorio, este Despacho efectuó el análisis probatorio en 3 secciones. En primer lugar, se realizó un análisis de las particularidades que caracterizaron el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 adelantado por el MIJ, las exigencias contenidas en el pliego de condiciones de dicho proceso y la forma en la que fue presentada la propuesta de la UT CÁRCELES 2008, así como otros documentos, correos electrónicos y testimonios que le permitieron establecer que la propuesta de dicha UT cumplía con todas las características que identifican a una propuesta como simbólica, complementaria o encubierta, y que además fue allegada al MIJ con el propósito de ser descartada como consecuencia del acuerdo colusorio realizado en conjunto con la UT SEGURIDAD CARCELARIA.

En segundo lugar, el acto administrativo referido presentó un análisis económico que muestra como, del estudio de las propuestas económicas presentadas por la UT SEGURIDAD CARCELARIA y la UT CÁRCELES 2008 y la presentación de la propuesta simbólica por parte de la UT CÁRCELES 2008, el valor de la propuesta económica presentada por la UT SEGURIDAD CARCELARIA, suponía un escenario en el que ella era la única oferente en el proceso de selección, ya que en un escenario diferente el valor económico de la propuesta económica no le hubiera servido para resultar adjudicatario del contrato y mucho menos si el mismo correspondía a un 99,9798%²⁵ del presupuesto oficial.

En tercer lugar, se efectuó un análisis de las comunicaciones telefónicas que remitió la Fiscalía, de las cuales se pudo establecer la forma en la que se fraguó el acuerdo colusorio, previo el cierre del proceso el 20 de octubre y la correspondiente entrega de las propuestas.

Ahora bien, ya que el argumento presentado por los investigados se refiere de manera general a la inexistencia de pruebas en el expediente que den cuenta de la existencia de un acuerdo colusorio, este Despacho procede a efectuar una relación de los hechos probados en el acto sancionatorio indicando, para cada uno, su medio de prueba y su correspondiente ubicación en el expediente. Dicho ejercicio se desarrolla en tres grandes bloques de hechos probados. En primer lugar, se relacionarán los hechos que tienen que ver con la etapa previa a la adjudicación del contrato; en segundo lugar, se relacionan los hechos relacionados con la forma y momento en que fueron presentadas las propuestas, para finalmente hacer referencia a aquellos hechos relativos a la adjudicación, ejecución y consecuente liquidación del contrato, como se expone a continuación.

²⁵ Nótese también que, si dicho porcentaje fuera redondeada a sólo un decimal, sería igual al 100%.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

13.3.2.1. Hechos probados en la etapa previa a la adjudicación del contrato en la Selección Abreviada No. 1 de 2008

A continuación se relacionan los hechos probados por este Despacho relacionados con la etapa previa a la adjudicación del contrato en el proceso de Selección Abreviada No. 1 de 2008, que incluyen entre otros el conocimiento que tenían los proponentes de los requisitos exigidos al interior del proceso, la constitución de las diversas UT que participaron en el proceso así como el momento y forma en la que fueron constituidas, entre otros.

Tabla No. 1

	Hecho probado	Medios de prueba	Ubicación en el expediente
1.	Mediante Resolución No. 2474 del 29 de agosto 2008 el MIJ, procedió a ordenar la apertura al Proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008, para el cual estimó un presupuesto oficial de cincuenta y tres mil quinientos cuarenta y ocho millones de pesos m/cte (\$53.548.000.000).	<u>Documental:</u> Pliego de Condiciones	Cuaderno Público No. 1, Folio 15.
2.	Los proponentes (investigados) conocían de forma precisa los términos y condiciones a través de los cuales podría hacer efectiva su participación en el proceso de selección.	<u>Documental:</u> Pliego de Condiciones	Cuaderno Público No. 1, Folio 19 a 140.
3.	Los proponentes (investigados) conocían que podían solicitar el retiro de su oferta hasta la fecha y hora prevista para el cierre del proceso.	<u>Documental:</u> Pliegos de condiciones	Cuaderno Público No. 1, Folio 19 a 140.
4.	Los proponentes (investigados) conocían que se configuraba una causal de rechazo inmediata la presentación de varias ofertas por un mismo proponente, por sí o por interpuesta persona (en consorcio, unión temporal o individualmente).	<u>Documental:</u> Numeral 2.13.3 del Pliego de Condiciones.	Cuaderno Público No. 1, Folio 19 a 140.
5.	Los proponentes (investigados) conocían las causales de rechazo de la propuesta presentada, conocían los requisitos exigidos para resultar adjudicatarios, y conocían cuales de	<u>Documental:</u> Pliegos de condiciones	Cuaderno Público No. 1, Folio 19 a 140.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	estos requisitos eran sujetos de ser subsanados después de haber sido presentada la propuesta.		
6.	Que el 30 de septiembre de 2008 se constituyó la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA, conformada por ANDCOM LTDA., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G&C LTDA., INTERAMERICANA DE SISTEMAS y SEGURIDAD INTERSEG S.A., UNIÓN ELÉCTRICA S.A., MELTEC COMUNICACIONES S.A.	<u>Documental:</u> Acta de constitución de la UT SEGURIDAD CARCELARIA.	Cuaderno Público No. 2, Folio 528 a 535.
7.	RAPISCAN SYSTEMS INC. otorgó poder a CIPECOL LTDA. (representada legalmente por DIANA NASSIF DE RIMA) el 11 de septiembre de 2008, para que la representara en Colombia en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 ante el MIJ.	<u>Documental:</u> Poder	Cuaderno Público No. 3, Folio 921.
8.	El 30 de septiembre de 2008, las empresas CIPECOL Ltda., RAPISCAN SYSTEMS, INC., EBC INGENIERÍA S.A., SECURITY BUSINESS SOCIEDAD LIMITADA y CONTROL BOX LIMITADA decidieron constituir la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008, cuyos representantes legales principal y suplente fueron RODRIGO MEJÍA ARCILA y DIANA NASSIF DE RIMA, respectivamente.	<u>Documental:</u> Acta de constitución de la UT CÁRCELES 2008	Cuaderno Público No. 3, Folio 914 a 918.
9.	Que previa la expedición de la Adenda No. 7 del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008, los miembros de la UT CÁRCELES 2008, estaban trabajando de forma conjunta para la elaboración de la propuesta, siendo OSCAR SILVA el encargado de recaudar toda la información y de la participación del señor GUSTAVO DOMÍNGUEZ en este proceso de elaboración de la propuesta.	<u>Documental:</u> Correos electrónicos: a) Del señor OSCAR SILVA, mediante correo del 5 de septiembre de 2008 dirigido a SALOMÓN RIMA, GUSTAVO DOMÍNGUEZ, CARLOS GUTIÉRREZ, MARTÍN SUAREZ, NATALIA MEJÍA,	a) Cuaderno Público No. 10, Folio 2702.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	<p>ÁLVARO ARANGO y RODRIGO MEJÍA, identificado con el asunto "SEGUIMIENTO CRONOGRAMA LICITACIÓN CARCELES 2008 Y ACUERDOS".</p> <p>b) Del señor OSCAR SILVA a la , funcionaria de SECURITY BUSINESS, el 16 de septiembre de 2008.</p> <p>c) Del señor OSCAR SILVA a la señora MARCELA VELA, funcionaria de SECURITY BUSINESS, el 17 de septiembre de 2008.</p> <p>d) Del señor GUSTAVO DOMINGUEZ a OSCAR SILVA del 29 de septiembre de 2008.</p> <p>e) Del señor OSCAR SILVA a la señora MARCELA VELA, funcionaria de SECURITY BUSINESS, el 29 de septiembre de 2008.</p>	<p>b) Cuaderno Público No. 10, Folio 2702.</p> <p>c) Cuaderno Público No. 10, Folio 2708.</p> <p>d) Cuaderno Público No. 10, Folio 2742.</p> <p>e) Cuaderno Público No. 10, Folio 2748</p>	
10.	<p>Que el 29 de septiembre de 2008 el MIJ, mediante Adenda No. 7, modificó el numeral 1.17.6. del Pliego de Condiciones del Proceso en relación con el requisito de la presentación de la manifestación de interés, respecto de la cual se aclaró que las personas naturales y jurídicas que conformaran los consorcios y uniones temporales podrían ser únicamente aquellas que hubieran manifestado su interés en participar en el proceso de selección.</p>	<p><u>Documental:</u></p> <p>Adenda No. 7 al Proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 de septiembre 29 de 2008</p>	<p>Cuaderno Público No. 1, Folio 146</p>
11.	<p>Que el 1, 2 y 3 de septiembre de 2008 (Fecha previa a la expedición de las adendas al pliego de condiciones), los potenciales proponentes interesados en participar en el proceso que mediante comunicación escrita manifestaran que estaban interesados</p>	<p><u>Documental:</u></p> <p>Informe de ejecución del proceso, publicado en el SECOP por el MIJ el 30/09/2008</p>	<p>Vease: https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=08-11-93180.</p> <p>Fecha de consulta: 25 de abril de 2012</p>

W

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Radicación N° 08-126301

	<p>en participar en dicho proceso fueron 32 empresas.</p> <p>Que en relación con las empresas que conformaban la UT CÁRCELES 2008 sólo 3 de ellas presentaron su manifestación de interés a saber CIPECOL, EBC INGENIERIA y CONTROL BOX.</p>		
12.	<p>Que las empresas RAPISCAN SYSTEMS INC. Y SECURITY BUSINESS LTDA.) no cumplían con el requisito de manifestar el interés en el Proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008.</p>	<p><u>Documental:</u></p> <p>Informe de ejecución del proceso, publicado en el SECOP por el MIJ el 30/09/2008</p>	<p>Vease: https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=08-11-93180.</p> <p>Fecha de consulta: 25 de abril de 2012</p>
13.	<p>Que las empresas EBC INGENIERÍA y CONTROL BOX, miembros de la UT CÁRCELES 2008, sostuvieron que la unión temporal ya no era viable, y que era mejor terminarla para que así cada uno de las empresas que había manifestado interés ante el MIJ pudiera presentar su propuesta como persona jurídica, o como miembro de un proponente plural (consorcio o unión temporal), ya que el incumplimiento de dicho requisito hacía inviable la participación en el proceso y una posible adjudicación del contrato.</p>	<p><u>Documental:</u></p> <p>Correos electrónicos:</p> <p>a) Del 23 de septiembre de 2008 a las 7:05 p.m., enviado por SALOMÓN RIMA a OSCAR SILVA, GUSTAVO DOMINGUEZ, ALVARO ARANGO, MARTIN SUAREZ, CARLOS ARTURO GUTIERREZ y NATALIA MEJÍA RAMIREZ.</p> <p>b) Del 23 de septiembre de 2008 a las 8:30 p.m., enviado por OSCAR SILVA a SALOMÓN RIMA, GUSTAVO DOMINGUEZ, ÁLVARO ARANGO, MARTÍN SUAREZ, CARLOS ARTURO GUTIERREZ y NATALIA MEJÍA RAMIREZ.</p> <p>c) Del 23 de septiembre de 2008 a las 8:51 p.m de SALOMÓN RIMA a OSCAR SILVA, GUSTAVO DOMINGUEZ, ÁLVARO ARANGO, MARTÍN SUAREZ, CARLOS ARTURO GUTIERREZ y NATALIA</p>	<p>a) Cuaderno Público No. 11, Folio 3229.</p> <p>b) Cuaderno Público No. 11, Folio 3228</p> <p>c) Cuaderno Público No. 11, Folio 3227</p>

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

		MEJÍA RAMIREZ. d) Del 24 de septiembre de 2008 a la 1:57 p.m., del señor ÁLVARO ARANGO dirigido a los señores SALOMÓN RIMA, GUSTAVO DOMINGUEZ, OSCAR SILVA, MARTIN SUAREZ, CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ y NATALIA MEJÍA RAMIREZ.	d) Cuaderno Público No. 11, Folio 3227
14.	El 7 de octubre de 2008, EBC INGENIERÍA S.A. y CONTROL BOX LTDA. decidieron conformar una nueva unión temporal con un grupo de empresas diferentes que sí cumplían con el precitado requisito de la presentación de la manifestación de interés en participar en el proceso del MIJ, (UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA) y que en consecuencia se ajustaban a lo dispuesto en la Adenda No. 7.	<u>Documental:</u> Acta de constitución de la UT PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA	Cuaderno Público No. 5, Folios 1288 a 1296.
15.	La empresa CIPECOL, de manera previa al cierre del proceso el 20 de octubre de 2008, tenía conocimiento de que EBC INGENIERÍA y CONTROL BOX no participarían en el proceso a través de la UT CÁRCELES 2008, sino que ejecutarían su denominado "Plan B" participando en el proceso a través de una UT diferente.	<u>Documental:</u> • Correos electrónicos: a) Del 1 de octubre de 2008 enviado por SALOMÓN RIMA NASSIF Director Comercial Internacional de CIPECOL e hijo de DIANA NASSIF DE RIMA a OSCAR SILVA funcionario de EBC INGENIERIA S.A. b) Del 2 de octubre de 2008 enviado por OSCAR SILVA funcionario de EBC INGENIERIA S.A. a SALOMÓN RIMA NASSIF Director Comercial Internacional de CIPECOL a las 9:53 a.m.	a) Cuaderno Público No. 11, Folios 3092. b) Cuaderno Público No. 11, Folios 3094.

WV

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

		<p>c) Del 2 de octubre de 2008 enviado por GUSTAVO DOMINGUEZ a OSCAR SILVA funcionario de EBC INGENIERIA S.A. le respondió lo siguiente²⁶ respecto a la implementación del "Plan B.</p> <p>d) Del 2 de octubre de 2008 enviado por SALOMÓN RIMA NASSIF, Director Comercial Internacional de CIPECOL a OSCAR SILVA funcionario de EBC INGENIERIA S.A.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comunicaciones: <p>a) Comunicación suscrita por el señor RODRIGO MEJÍA ARCILA en su calidad de representante legal de la empresa EBC INGENIERÍA, dirigida a la empresa CIPECOL LTDA, de fecha de 2 de octubre de 2008.</p> <p>b) Documento de terminación de la UT CÁRCELES 2008 de fecha de 2 de octubre de 2008.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Testimonios <p>a) Diligencia de testimonio del señor LUÍS EDUARDO GÓMEZ HERNÁNDEZ representante legal de SECURITY BUSINESS.</p> <p>b) Diligencia de testimonio del señor GUSTAVO DOMINGUEZ.</p> <p>c) Diligencia de testimonio del señor</p>	<p>c) Cuaderno Público No. 11, Folios 3094.</p> <p>d) Cuaderno Público No. 11, Folios 3090.</p> <p>a) Cuaderno Público No. 11, Folios 3096</p> <p>b) Cuaderno Público No. 11, Folios 3085 a 3088</p> <p>a) Cuaderno Público No.44 , Folio 12451</p> <p>b) Cuaderno Público No.44 , Folio 12451</p> <p>c) Cuaderno Público No.11 , Folio 3216</p>
--	--	---	--

²⁶Expediente No. 08-126301, folio 3090 y 3091.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Radicación N° 08-126301

		RODRIGO MEJÍA ARCILA.	
		d) Diligencia de testimonio del señor OSCAR SILVA.	d) Cuaderno Público No.44 , Folio 12534
		• Llamadas Telefónicas.	
		a) Llamada del 4 de Octubre de 2008 entre el señor GUSTAVO DOMINGUEZ y la señora DIANA NASSIF DE RIMA.	
16.	Los señores MAURICIO PARADA, GUSTAVO DOMÍNGUEZ, DIANA NASSIF DE RIMA y AARON RABINOVICH se reunieron en el Hotel Bogotá Plaza el día 6 de octubre de 2008.	• Llamadas Telefónicas.	
		a) Llamada del señor GUSTAVO DOMINGUEZ y SALOMÓN RIMA, del 6 de octubre de 2008.	a) Cuaderno Público No. 45, Folios 12688 a 12689 y Folios 12752 a 12754.
		b) Llamada de DIANA NASSIF DE RIMA y WILLIAM uno de sus asesores legales, del 6 de octubre de 2008.	b) Cuaderno Público No. 45, Folios 12689 a 12691 y Folios 12752 a 12754.
		c) Llamada de DIANA NASSIF DE RIMA y SANTIAGO PORRAS, del 7 de octubre de 2008.	c) Cuaderno Público No. 45, Folios 12691a 12692 y Folios 12752 a 12754.
		• Testimonios	
		a) Diligencia de testimonio del señor GUSTAVO DOMINGUEZ.	a) Cuaderno Público No.44 , Folio 12451
		b) Diligencia de testimonio del señor MAURICIO PARADA PERILLA.	b) Cuaderno Público No.44 , Folio 12455
		c) Diligencia de testimonio del señor AARON RABINOVICH.	c) Cuaderno Público No.44 , Folio 12453
		d) Diligencia de testimonio de la señora DIANA NASSIF DE RIMA.	d) Cuaderno Público No.44 , Folio 12465
17.	El MIJ expidió la Adenda No. 8 del 16 de octubre de 2008 el MIJ dejando sin efecto una parte del numeral 1 de la Adenda No. 7, aclarando que para el caso de los consorcios y uniones	<u>Documental:</u> Adenda No. 8 al Proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 de	Cuaderno Público No.1 , Folios 143 a 144.

LN

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

<p>temporales, si podrían participar personas naturales o jurídicas que no hubieran manifestado su interés en participar en el proceso de selección, siempre y cuando con la presentación de la oferta ratificaran su interés en participar.</p>	<p>septiembre 29 de 2008</p>	
--	------------------------------	--

13.3.2.2 Hechos probados en la etapa previa a la adjudicación del contrato en la Selección Abreviada No. 1 de 2008

En este segundo bloque de hechos probados se presentan aquellos relacionados con la etapa previa a la adjudicación del contrato en el proceso de selección abreviada, tales como las circunstancias que rodearon el cierre del proceso de selección, la reunión llevada a cabo entre algunos investigados, así como la forma y estado en la que fue presentada la propuesta por parte de la UT CÁCELES 2008, entre otros.

Tabla No. 2

	Hecho probado	Medios de prueba	Ubicación en el expediente
1.	<p>Que el cierre del proceso de selección fue el 20 de octubre de 2008. Ese día se presentaron las propuestas de las uniones temporales CÁRCELES 2008, SEGURIDAD CARCELARIA y PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA, estableciendo que la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 y la UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN CARCELARIA coincidían en dos empresas como miembros integrantes de las dos uniones temporales, esto es las empresas CONTROL BOX LTDA y EBC INGENIERÍA S.A</p>	<p><u>Documental:</u> Acta de Cierre del Proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008.</p>	<p>Cuaderno Público No.1 , Folios 183 a 194.</p>
2.	<p>En la audiencia de cierre no había ningún representante de la UT CÁRCELES 2008.</p>	<p><u>Documental:</u> Acta de Cierre del Proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008.</p>	<p>Cuaderno Público No.1, Folios 183 a 194.</p>
3.	<p>La carta de presentación de la propuesta fue suscrita por DIANA NASSIF DE RIMA, en su calidad de representante legal suplente y no fue suscrita por RODRIGO MEJÍA</p>	<p><u>Documental:</u> Carta de Presentación adjunta a la propuesta presentada por la UT</p>	<p>Cuaderno Público No.11 , Folio 3216</p>

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	<p>ARCILA quien era el representante legal principal de la UT.</p>	<p>CÁRCELES 2008.</p> <p><u>Testimonios:</u></p> <p>a) Diligencia de testimonio del señor RODRIGO MEJÍA ARCILA.</p>	<p>a) Cuaderno Público No.11 , Folio 3216</p>
<p>4.</p>	<p>Minutos antes de la hora límite para el cierre del proceso de selección, el señor RODRIGO MEJÍA ARCILA, en su calidad de representante legal principal de la UT, envió un fax al MIJ otorgando poder al abogado ALVARO ARANGO que estaba presente en la audiencia de cierre, para que retirara la propuesta presentada por la UT CÁRCELES 2008.</p>	<p><u>Documental:</u></p> <p>Observaciones al Informe de Evaluación de las Propuestas presentadas por la UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA al MIJ del 6 de noviembre de 2008,.</p> <p><u>Testimonios:</u></p> <p>a) Diligencia de testimonio del señor RODRIGO MEJÍA ARCILA.</p>	<p>Cuaderno Público No. 2, Folios 352 a 366</p> <p>a) Cuaderno Público No.11 , Folio 3216</p>
<p>5.</p>	<p>Después de la hora de cierre del proceso de selección, el MIJ recibió una comunicación de DIANA NASSIF DE RIMA, en su calidad de representante legal suplente, indicando que no se debía retirar la oferta presentada por la UT CÁRCELES 2008.</p>	<p><u>Documental:</u></p> <p>Observaciones al Informe de Evaluación de las Propuestas presentadas por la UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA al MIJ del 6 de noviembre de 2008,.</p> <p><u>Testimonios:</u></p> <p>a) Diligencia de testimonio del señor RODRIGO MEJÍA ARCILA.</p> <p>b) Diligencia de testimonio de la señora DIANA NASSIF DE RIMA.</p>	<p>Cuaderno Público No. 2, Folios 352 a 366</p> <p>a) Cuaderno Público No.11 , Folio 3216</p> <p>b) Cuaderno Público No.44 , Folio 12465</p>
<p>6.</p>	<p>Por falta de cumplimiento de las formalidades para el retiro de ofertas, el MIJ no aceptó la solicitud de retiro de la propuesta presentada por la UT</p>	<p><u>Documental:</u></p> <p>Resultados de la evaluación de las</p>	<p>Cuaderno Público No.2 , Folios 332 a 351.</p>

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	CÁRCELES 2008, y en consecuencia, procedió con la evaluación de todas las propuestas presentadas.	propuestas presentadas en la Selección Abreviada No. 01 de 2008	
7.	El 5 de noviembre de 2008, el comité evaluador del proceso de selección presentó informe de evaluación y rechazó las propuestas presentadas por las uniones temporales CÁRCELES 2008 y PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA debido a que las empresas EBC INGENIERÍA S.A. y CONTROL BOX LTDA., aparecían como miembros de las dos uniones temporales razón por la cual se configuraba una de las causales de rechazo de las propuestas, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones.	<u>Documental:</u> Resultados de la evaluación de las propuestas presentadas en la Selección Abreviada No. 01 de 2008	Cuaderno Público No.2 , Folios 332 a 351.
8.	Que los requisitos exigidos en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 para la participación de los proponentes hacía necesaria la conformación de una UT o consorcio, toda vez que el cumplimiento de los requisitos de manera individual era casi imposible.	<u>Testimoniales</u> a) Diligencia de testimonio del señor GUSTAVO DOMINGUEZ. b) Diligencia de testimonio del señor RODRIGO MEJÍA ARCILA. c) Diligencia de testimonio del señor OSCAR SILVA. d) Diligencia de testimonio del señor MARTIN SUAREZ. e) Diligencia de testimonio del señor LUIS EDUARDO GOMEZ.	a) Cuaderno Público No.44 , Folio 12451 b) Cuaderno Público No.11 , Folio 3216 c) Cuaderno Público No.44 , Folio 12534 d) Cuaderno Público No.11 , Folio 3225 e) Cuaderno Público No.44 , Folio 12451
9.	La propuesta presentada por la UT CÁRCELES 2008 fue presentada sin el lleno de los requisitos, configurando una propuesta simbólica o complementaria.	<u>Documentales</u> a) Propuesta presentada por la UT CÁRCELES 2008. • Documento de constitución de la Unión Temporal. • Carta de presentación de la oferta.	a) Cuaderno Público No.3 , Folios 820 a 966. Cuaderno Público No.4 , Folios 967 a 1281.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

		<ul style="list-style-type: none"> • Certificado de existencia y representación legal. • Garantía de seriedad de la propuesta. • Certificado de pago de aportes a parafiscales. • Registro Único de Proponentes. • Certificado de No responsabilidad fiscal. • Certificado de antecedentes disciplinarios. • Compromiso de confidencialidad. • Declaración sobre multas y sanciones. • Información financiera. • Indicadores financieros. • Información SIIF y certificación bancaria. • Registro único Tributario • Documento en el que se señalaba el valor de la oferta económica. <p>b) Carta del 6 de octubre de 2008, enviada por la señora DIANA NASSIF DE RIMA, Representante Legal de CIPECOL LTDA y al mismo tiempo apoderada de RAPISCAN SYSTEMS, dirigida a la Aseguradora COLPATRIA.</p> <p>c) Correo electrónico enviado por JUAN MANUEL GUTIÉRREZ CAMARGO, funcionario de la Aseguradora COLPATRIA a JOHANNA PULIDO RÍOS Analista Técnica de Seguros Generales de la Aseguradora COLPATRIA el 10 de octubre de 2008</p> <p>Llamadas Telefónicas</p>	<p>b) Cuaderno Público No.44 , Folio 12569.</p> <p>b) Cuaderno Público No.44 , Folio 12564</p>
--	--	---	--

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	Llamada de DIANA NASSIF DE RIMA y GUSTAVO DOMINGUEZ, del 20 de octubre de 2008.	Cuaderno Público No.45 , Folios 12723 a 12725 y Folios 12752 a 12754.
--	---	---

13.3.2.3 Hechos probados durante la adjudicación, ejecución y consecuente liquidación del contrato.

Finalmente, este Despacho presenta una relación de los hechos que se presentaron al momento de la adjudicación del contrato, su posterior ejecución y su consecuente liquidación, haciendo referencia a otras situaciones de hecho que se presentaron en el mismo periodo de tiempo.

Tabla No. 3

	Hecho probado	Medios de prueba	Ubicación en el expediente
1.	Dadas las circunstancias que se presentaron en la Audiencia de Cierre, el 30 de octubre de 2008, el MIJ radicó denuncias ante el Ministro del Interior y de Justicia, el Procurador General de la Nación, el Zar Anticorrupción, el Viceministro de Justicia, la Viceministra del Interior, en la cual señalaba las irregularidades presentadas en el cierre del proceso de selección abreviada y solicitaba el acompañamiento de dichas entidades para que se asegurara la transparencia del proceso y el estricto cumplimiento de las normas de contratación estatal.	<u>Documental:</u> Documentos remitidos por el MIJ	Cuaderno Público No. 1, Folios 262 a 272.
2.	Mediante Resolución No. 3234, el 10 de noviembre de 2008 el MIJ decidió suspender la evaluación de las propuestas, hasta no recibir acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación en el proceso de selección.	<u>Documental:</u> Resolución No. 3234, el 10 de noviembre de 2008	Cuaderno Público No. 1, Folios 260 a 261.
3.	El 13 de noviembre de 2008, la Procuraduría emitió un concepto favorable respecto del proceso de selección y recomendó al MIJ continuar con la evaluación de las ofertas.	<u>Documental:</u> Informe Procuraduría.	Cuaderno Público No. 1, Folios 276 a 308.
4.			

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	Mediante Resolución No. 3485 del 27 de noviembre de 2008, el MIJ adjudicó el contrato a la UT SEGURIDAD CARCELARIA por \$53'537.174.702.	<u>Documental:</u> Resolución No. 3485 del 27 de noviembre de 2008.	Cuaderno Público No. 2, Folios 383 a 434.
5.	El 10 de diciembre de 2008 la Procuraduría General de la Nación, tras haber tenido conocimiento de un informe de policía judicial rendido el 9 de diciembre por un investigador de campo de la Policía Judicial con destino a la Fiscalía Sexta de la Unidad Anticorrupción ²⁷ , solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia la revocatoria del acto de adjudicación del Proceso de Selección.	<u>Documental:</u> Documentación remitida por el MIJ. Oficio D.P. 01371 del 10 de diciembre de 2008 del Procurador General de la Nación con destino al Ministerio del Interior y de Justicia	Cuaderno Público No. 2, folios 475-479. Cuaderno Público No. 12, folios 3376-3383.
6.	El MIJ acató la solicitud de la Procuraduría General de la Nación y mediante Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008 revocó la adjudicación del contrato. Dado que no había más proponentes habilitados, el MIJ declaró desierto el Proceso de Selección.	<u>Documental:</u> Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008	Cuaderno Público No. 2, folios 471 a 474.
7.	Los miembros de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, así como la señora DIANA NASSIF DE RIMA interpusieron recursos de reposición contra la Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008, pero el MIJ los rechazó de plano por ser considerados improcedentes.	<u>Documental:</u> Resolución No. 0037 del 7 de enero de 2009	Cuaderno Público No. 7, folios 2097 a 2098.
8.	Mediante Resolución No. 0037 del 7 de enero de 2009, el MIJ rechazó de plano los recursos interpuestos.	<u>Documental:</u> Resolución No. 0037 del 7 de enero de 2009	Cuaderno Público No. 7, folios 2097 a 2098.
9.	El 6 de marzo de 2009, los miembros de la UT SEGURIDAD CARCELARIA interpusieron acción de tutela en contra del MIJ por la violación de los derechos al debido proceso y defensa, así como los principios de buena fe y confianza legítima, ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.	<u>Documental:</u> Fallo del Consejo Superior de la Judicatura del 25 de marzo de 2009	Cuaderno Público No. 7, folios 2117-2146.

²⁷ Carpeta pública del expediente No. 12, folios 3376-3383.

UN

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

10.	El 25 de marzo de 2009, el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca concedió la tutela a los demandantes, dejó sin efecto las Resoluciones No. 3691 del 11 de diciembre de 2008 y No. 0118 del 19 de enero de 2009 y ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia iniciar el trámite para obtener la revocatoria de la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008.	<u>Documental:</u> Fallo del Consejo Superior de la Judicatura del 25 de marzo de 2009.	Cuaderno Público No. 7, folios 2117-2146.
11.	El MIJ expidió la Resolución No. 869 del 30 de marzo de 2009 acatando el fallo de tutela, e inició el trámite legal para decidir sobre la revocatoria de la Resolución No. 3485 de 2008 mediante la cual se había revocado la adjudicación del contrato.	<u>Documental:</u> Resolución No. 869 del 30 de marzo de 2009	Cuaderno Público No. 7, folios 2099 a 2100.
12.	Los apoderados de EBC INGENIERÍA S.A. y CONTROL BOX LTDA., el MIJ y los demandantes (en lo desfavorable) interpusieron recurso de reposición contra la sentencia del 25 de marzo de 2009 proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, quien, en decisión proferida el 7 de mayo de 2009, confirmó la decisión de primera instancia. Además, adicionó el fallo, en el sentido en que ordenó al MIJ continuar con el trámite contractual que debía seguir con posterioridad a la adjudicación del contrato. Finalmente, envió copia de esta providencia a la Corte Constitucional para su eventual revisión.	<u>Documental:</u> Fallo del Consejo Superior de la Judicatura del 7 de mayo de 2009.	Cuaderno Público No. 7, folios 2147 a 2197.
13.	El 29 de mayo de 2009 el MIJ y la UT SEGURIDAD CARCELARIA, a través de su representante legal, suscribieron el Contrato No. 076 de 2009 con el objeto de desarrollar las labores solicitadas en el Proceso de Selección.	<u>Documental:</u> Contrato 076 de 2009	Cuaderno Público No. 8, folios 2244 a 2259.
14.			

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revisó el fallo de tutela antes mencionado, y el 20 de noviembre de 2009, mediante sentencia T-841, revocó la decisión proferida y reiterada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, declaró como improcedente la tutela y en consecuencia, determinó que era procedente la liquidación del contrato en el estado en que se encontrara.	<u>Documental:</u> Fallo de revisión de la Corte Constitucional del 20 de noviembre de 2009.	Cuaderno Público No. 11, folios 3101 a 3122.
15.	Mediante Resolución No. 2954 del 30 de junio de 2010 el MIJ acató la Sentencia de Tutela T-841 del 30 de noviembre de 2009, y en consecuencia dio por terminado el contrato 076 de 2009 en virtud del mencionado fallo judicial.	<u>Documental:</u> Resolución No. 2954 del 30 de junio de 2010.	Cuaderno Público No. 11, folios 3289 a 3293.
16.	El 31 de diciembre de 2010, las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 076 de 2009.	<u>Documental:</u> Acta de Liquidación del Contrato del 31 de diciembre de 2010.	Cuaderno Público No. 11, folios 3294 a3302.
17.	Que el Contrato No. 76 de 2009 suscrito entre la Unión Temporal SEGURIDAD CARCELARIA y el Ministerio del Interior y de Justicia se suscribió por un valor de CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOS PESOS (\$53.537.174.702,00). Con las adiciones, el valor del contrato fue de CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS VENTITRES PESOS (\$55.715.420.923,00).	<u>Documental:</u> Acta de Liquidación del Contrato del 31 de diciembre de 2010.	Cuaderno Público No. 11, folios 3294 a3302.
18.	Con ocasión del fallo T-841 del 20 de noviembre de 2009, que ordenó la liquidación del Contrato No. 76 de 2009 en el estado en que se encontraba la obra, para ese momento el valor ejecutado por el contratista fue de CUARENTA Y	<u>Documental:</u> Acta de Liquidación del Contrato del 31 de diciembre de 2010.	Cuaderno Público No. 11, folios 3294 a3302.

WV

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

<p>CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS PESOS (\$44.290.257.600,00) que representa una ejecución de la obra del 79,49% y el beneficio obtenido por los miembros la UT SEGURIDAD CARCELARIA correspondería al porcentaje de utilidad reportado en el AIU de la oferta económica presentada por esta Unión Temporal.</p>		
---	--	--

De los hechos probados relacionados en líneas anteriores, este Despacho pudo concluir que la conducta que se investigó, es decir, la contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, según el cual se consideran como contrarios al régimen de libre competencia aquellos 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”*, efectivamente ocurrió, razón por la cual debe ser sancionada.

En ese sentido, en la resolución sancionatoria se expuso que en en materia de colusión en procesos de contratación adelantados por la administración pública, los acuerdos se pueden llevar a cabo por los diferentes proponentes y agentes del mercado a través de diversas modalidades, entre las que se encuentra **la presentación de propuestas complementarias o simbólicas, que se identifican por ser propuestas figurativas que buscan aparentar la existencia de competencia en un proceso, pero que en realidad tienen como fin último que otro de los proponentes resulte adjudicatario del contrato.**

Adicionalmente se refirió que cuando se trata de acuerdos anticompetitivos en licitaciones, los mismos pueden ser investigados por la autoridad desde el punto de vista de su objeto o de su efecto; y que **cuando las mismas son estudiadas desde el punto de vista de su efecto y distorsión en el mercado, el mismo se extiende hasta el momento de la liquidación del respectivo contrato por cuanto la defraudación al Estado -como consecuencia de una adjudicación y ejecución de un contrato obtenida a través de conductas anticompetitivas- es progresiva y se entiende acabada cuando el contrato se ha terminado y liquidado.**

Por otra parte, se debe tener en cuenta que en este tipo de conductas el sustento probatorio debe construirse a través de diferentes indicios que lleven a concluir la realización de la conducta, toda vez que, la prueba directa en este tipo de situaciones es de difícil consecución para las autoridades de competencia²⁸.

²⁸ Para la Comisión Nacional de la Competencia Argentina: *“Al mismo tiempo resulta usual en la jurisprudencia antitrust reconocer que este tipo de conductas frecuentemente no puede probarse de forma directa, ya que resulta muy probable que los participantes en una concertación o acuerdo de reparto de cuotas, clientes y de precios no lo dejen plasmado en un documento. [...] En consecuencia,*

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

En virtud de lo anterior, este Despacho encontró que en el presente caso, el acuerdo anticompetitivo al interior del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008 se llevó a cabo de la siguiente manera, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente:

- Participación de dos agentes competidores: UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 y UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA que presentaron sus propuestas en la Selección Abreviada No. 01 de 2008 convocada por el Ministerio del Interior y de Justicia.
- El acuerdo referido en este caso se ideó al interior de las reuniones y concertaciones previas al cierre de la selección abreviada, entre personas que integraban las mencionadas uniones temporales y que actuaban como competidoras en el proceso de selección.
- **La finalidad del acuerdo era preparar y presentar una propuesta simbólica, sin ninguna posibilidad de resultar ganadora, que permitiría la adjudicación de la selección abreviada a favor de la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA.**

Ahora bien, con los hechos probados que se mencionan en el presente acápite, este Despacho tuvo la oportunidad de verificar el actuar coordinado que se dio entre las UNIONES TEMPORALES CÁRCELES 2008 y SEGURIDAD CARCELARIA con ocasión del proceso objeto de estudio, así:

- Inicialmente, la UT CÁRCELES 2008 se encontraba conformada por cinco empresas que iban a participar en el proceso de selección adelantado por el MIJ. Sin embargo, como consecuencia del incumplimiento del requisito de presentación de la manifestación de interés en participar en el proceso por parte de dos de las sociedades (SECURITY SYSTEMS y RAPISCAN), las empresas CONTROL BOX y EBC INGENIERIA, manifestaron su retiro de dicha UT, y su intención de presentarse al proceso a través de una UT diferente.
- Que como consecuencia del retiro de las empresas de la UT CÁRCELES 2008, dicha UT y la UT SEGURIDAD CARCELARIA estuvieron en contacto a través de comunicaciones y reuniones sostenidas por varios funcionarios y representantes legales de las empresas que las integraban. De estos contactos se tuvo noticia en el periodo que va de septiembre a diciembre de 2008 y de enero a febrero de 2009, que coinciden con el periodo previo y posterior a las audiencias de cierre y adjudicación del Proceso de Selección Abreviada 001 de 2008.
- Tuvo lugar una reunión el 6 de octubre 2008 en el hotel Bogotá Plaza entre miembros de las UNIONES TEMPORALES CÁRCELES 2008 y SEGURIDAD CARCELARIA, de la cual se tiene certeza de su ocurrencia, gracias a las interceptaciones de llamadas y el peritaje de la policía judicial adelantados por la

cuando no se tiene una prueba directa del acuerdo para probar su existencia debe recurrirse a una prueba indirecta, básicamente indicios y presunciones". Dictamen 513 de 2005 pág. 40-41.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Unidad Anticorrupción de la Fiscalía. La ocurrencia de esta reunión fue corroborada a través de los interrogatorios y testimonios rendidos ante esta Superintendencia por los señores: DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, AARON RABINOVICH JAMRI, MAURICIO PARADA PERILLA y GUSTAVO DOMINGUEZ FERIS.

- El objeto de esta reunión, de acuerdo con la interceptación de llamadas, era definir los términos de negociación para la presentación por parte de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 de una oferta simbólica que generara la causal de rechazo de la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL PROTECCIÓN INTEGRAL, con lo que se favorecía la oferta presentada por la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA.
- La oferta presentada a nombre de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008, fue elaborada en las instalaciones de CIPECOL LTDA incorporando únicamente documentos de las empresas RAPISCAN SYSTEMS INC y CIPECOL LTDA. Tal situación reñía con la inicial constitución de esta UNIÓN TEMPORAL integrada por cinco (5) empresas. Al no incorporar para cada una de las empresas los documentos exigidos en el pliego de condiciones para participar y ser adjudicatario del proceso de selección abreviada resultaba imposible para la UT CÁRCELES 2008 ser adjudicatario del contrato estatal referido.

De un lado, se observó que en los documentos remitidos a la ASEGURADORA COLPATRIA S.A para la expedición de la póliza de seriedad de la propuesta se anunció que la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 sólo estaba conformada por dos sociedades, RAPISCAN SYSTEMS INC (70%) y CIPECOL (30%), aspecto contrario a lo establecido en el documento de constitución de dicha unión temporal.

Adicionalmente, la propuesta económica incorporada en la oferta de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008, no cumplió con los requisitos señalados en el pliego en aspectos tales como: indeterminación del valor por ítems, costo de instalación e IVA; y no discriminar la ciudad donde se ubicaba cada uno de los establecimientos carcelarios.

Las inconsistencias mencionadas, dan cuenta de que la oferta elaborada por la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 no era real sino simbólica, es decir, aparentando ser una oferta competitiva, carecía de todas las condiciones para resultar ganadora y, en esa medida, frente al régimen de la libre competencia, se puede concluir que su finalidad era distorsionar los resultados del proceso de selección.

- Que de conformidad con el análisis económico efectuado por este Despacho, se mostró que los agentes coludidos tenían incentivos para ejecutar a cabalidad el acuerdo anticompetitivo en el proceso de selección.
- A pesar de que mediante correos cruzados entre funcionarios de CIPECOL LTDA, y de las empresas EBC INGENIERIA S.A y CONTROL BOX LTDA., se había comunicado que estas dos últimas “ya no iban más” en la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008, el día 20 de octubre de 2008 se presentó a nombre de esta

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

UNIÓN TEMPORAL CARCELES 2008 la oferta simbólica anteriormente elaborada. Durante la audiencia de cierre y entrega de las propuestas, celebrada ese día, se evidencio una diferencia en las directrices impartidas por RODRIGO MEJÍA ARCILA, Representante Legal Principal de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 y la señora DIANA NASSIF DE RIMA, Representante Legal Suplente de la misma. El primero, remitió una comunicación al MIJ solicitando que se retirara la propuesta presentada a nombre de esta UNIÓN TEMPORAL, mientras que la segunda solicitaba que por ningún motivo se retirara dicha oferta.

- El 27 de noviembre de 2008 se celebró la audiencia pública de adjudicación del proceso de selección. Lo consignado en el acta de dicha audiencia permitió evidenciar que la finalidad perseguida con el acuerdo colusorio se logró, en la medida en que:
 - (i) Se rechazaron las propuestas de las UNIONES TEMPORALES PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA y CÁRCELES 2008, al configurarse la causal de rechazo prevista en los pliegos y referida a la presentación de varias ofertas por el mismo proponente.
 - (ii) Se adjudicó el Proceso de Selección Abreviada 001 de 2008 a la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA.
- En la interceptación de las llamadas a los abonados celulares de DIANA NASSIF DE RIMA, se encuentran algunas que dan cuenta de las manifestaciones de satisfacción y festejo entre ésta y GUSTAVO DOMÍNGUEZ por los resultados obtenidos en la audiencia de adjudicación. En estas mismas comunicaciones, comentan entre ellos la felicitación proveniente de MAURICIO PARADA y su socio.
- Mediante Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008, el Ministerio del Interior y de Justicia, ordenó revocar la inicial resolución de adjudicación, una vez tiene noticia a través de los pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación, de que la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA había logrado adjudicarse el contrato valiéndose de medios ilegales.
- Que como consecuencia de la revocatoria del acto de adjudicación, la señora DIANA NASSIF y la UT SEGURIDAD CARCELARIA hicieron uso de los mecanismos procesales consagrados en la Ley y la Constitución Política para dejar sin efectos el citado acto administrativo, siendo extraño, por lo demás, el hecho de que la señora NASSIF utilizara recursos legales para mantener la adjudicación del contrato a favor de UNION TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA, que no era la UT por la cual ella se había presentado y, adicionalmente, se supone era su competidora.
- Que el proceso finalmente fue adjudicado a la UT SEGURIDAD CARCELARIA, quien ejecutó el contrato, el cual se liquidó el 31 de diciembre de 2010, como consecuencia de una orden de la Corte Constitucional, razón por la cual los efectos del acuerdo colusorio se extendieron hasta ese día.

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

En consecuencia, el actuar coordinado de los integrantes de las UNIONES TEMPORALES: uniones temporales SEGURIDAD CARCELARIA y CÁRCELES 2008 implicó la infracción a las normas que protegen la competencia, en la medida que se falseó la libre competencia en el proceso de contratación No. 01 de 2008 adelantado por el MIJ, al haberse realizado conductas que garantizarían la adjudicación de un contrato a una oferta que no era competitiva.

Así las cosas, los hechos resumidos en la Tablas 1, 2 y 3 fueron plenamente probados durante la investigación, constan en el expediente, y corresponden a hechos objetivos que se demostraron a través de las pruebas practicadas por la Delegatura para la Protección de la Competencia, tanto durante la etapa de averiguación preliminar como durante la etapa de instrucción de la investigación. Con fundamento en lo anterior, este Despacho resalta que existen en el expediente suficientes pruebas directas e indiciarias que permitieron adelantar un análisis en conjunto del acervo probatorio, lo cual permitió a este Despacho llegar a las conclusiones antes transcritas.

Cada unos de los hechos probados son, en sí mismos, pruebas contundentes que valoradas en conjunto, y atendiendo a las reglas de la sana crítica, conducen a concluir, sin lugar a dudas, la existencia de un acuerdo colusorio llevado a cabo entre las personas jurídicas y naturales sancionadas en el marco del proceso de Selección Abreviada No. 1 de 2008 adelantado por el MIJ.

Contrario a las posiciones planteadas por los Sancionados, la presente investigación contó con un numeroso acervo de pruebas que, tal y como se resumió en las tablas anteriores, analizadas en conjunto demuestran que los investigados actuaron en contra de las normas de protección de la competencia. Errado sería acoger el argumento presentado por los investigados según el cual se presentó una inexistencia de pruebas en la resolución que dieran cuenta o de las cuales se pudiera verificar la realización de una conducta anticompetitiva, pues aceptar dicho argumento implicaría que este Despacho hubiese basado su decisión en meras especulaciones y no en las cada una de las pruebas que fueron relacionadas anteriormente.

Los Sancionados hacen caso omiso o confunden la valoración del material probatorio obrante en el expediente con una supuesta inexistencia de pruebas que soporten la existencia del acuerdo colusorio, desconociendo la posición planteada en el acto sancionatorio en el que se afirmó que el análisis probatorio realizado debía ser en conjunto, y en el cual se utilizaron las reglas de la experiencia para poder afirmar que los investigados incurrieron en una conducta colusoria en desarrollo del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008.

En este punto, vale la pena resaltar la validez del uso de las reglas de la experiencia como herramienta del juez (en este caso el Despacho), para concluir la existencia de una conducta. Parra Quijano afirma que:

“El juez-ser humano, en la valoración de la prueba debe emplear las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee”²⁹.

En consonancia con lo anterior, se reitera que esta Entidad estudió de manera individual cada una de las pruebas obrantes en el expediente, y de acuerdo con las reglas de la experiencia y la sana crítica, en el análisis hizo una valoración en conjunto de todo el acervo probatorio. Con el análisis riguroso y en conjunto, el Despacho no podía llegar a conclusiones diferentes a las que expuso en la Resolución recurrida. No puede por lo tanto, confundirse el hecho de que los apoderados afirmen que se presenta una inexistencia de pruebas con el hecho de que no compartan la interpretación plasmada en la Resolución recurrida o incluso que hagan caso omiso de su existencia, con que efectivamente no se haya realizado una valoración probatoria adecuada, basada en pruebas que fueron debidamente practicadas y que obran en el expediente.

En consecuencia, los recursos presentados por los sancionados no pueden tener como objetivo desdibujar la existencia de evidencia clara y diciente sobre las distintas actuaciones que, al ser valoradas en su conjunto, evidencian los objetivos y los efectos que tuvieron las mismas en restringir la competencia en el mercado relevante.

Con un análisis integral de los hechos y pruebas que se han considerado en el presente capítulo, y en uso de los criterios de sana lógica y las reglas de la experiencia, este Despacho concluye que, sin duda alguna, existió un acuerdo colusorio llevado a cabo entre las personas jurídicas sancionadas al interior del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008, a través de la presentación de una propuesta simbólica por parte de la UT CÁRCELES 2008, en beneficio de la UT SEGURIDAD CARCELARIA.

13.3.3 Respecto de los argumentos relativos con la responsabilidad de las empresas miembros de la UT SEGURIDAD CARCELARIA así como de sus representantes legales.

En los recursos de reposición los recurrentes que hacían parte de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, señalan que no existe prueba que permita inferir su participación en el presunto acuerdo colusorio, ni de forma directa ni de forma indirecta, razón por la cual no se debió imponer la sanción que hoy se recurre.

Como se indicó en la Resolución sancionatoria, ANDCOM LTDA., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA., UNIÓN ELÉCTRICA S.A., MELTEC COMUNICACIONES S.A. e INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A., actuando por intermedio de sus representantes legales, participaron, ejecutaron o toleraron conductas anticompetitivas, como miembros de la Unión Temporal SEGURIDAD CARCELARIA que llevó a cabo el acuerdo colusorio con la Unión Temporal CÁRCELES 2008.

²⁹ Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Décima Sexta Edición, Bogotá, p. 70.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

13.3.3.1 INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A.

Frente a la responsabilidad de la sociedad INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A., es claro de las pruebas que reposan en el expediente, referidas igualmente en la Resolución sancionatoria, que ésta fue la sociedad miembro de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, representada por AARON RABINOVICH, agente determinante del acuerdo, a través de la cual se tuvo contacto directo con la señora DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, representante de la empresa CIPECOL LTDA. y apoderada de RAPISCAN SYSTEMS INC., miembros de la UT CÁRCELES 2008 y otras personas, a saber los señores MAURICIO PARADA PERILLA, GUSTAVO DOMÍNGUEZ y SANTIAGO PORRAS, con el objeto de coordinar los actos de colusión que se llevaron a cabo durante el Proceso de Selección.

Como bien indicó esta Superintendencia, la conducta anticompetitiva desplegada por INTERSEG S.A., se evidenció a través de lo siguiente:

- Los constantes contactos sostenidos por el señor AARON RABINOVICH JAMRI con MAURICIO PARADA y GUSTAVO DOMÍNGUEZ en los periodos comprendidos entre septiembre y diciembre de 2008 y enero a febrero de 2009.
- Audios de las llamadas interceptadas por la Policía Judicial a los teléfonos de DIANA NASSIF DE RIMA y de la referida reunión con los señores AARON RABINOVICH, MAURICIO PARADA y GUSTAVO DOMÍNGUEZ para acordar la presentación de una propuesta simbólica.
- Poder otorgado al señor LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA para que interpusiera recurso de reposición y se revocara la Resolución No. 3691 del 11 de diciembre de 2008 y, posteriormente, para que interpusiera acción de tutela por violación al debido proceso e impugnara el fallo de primera instancia.
- Participación en la ejecución del contrato en un porcentaje del 79%, hasta el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que se suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato.

De lo anterior, se puede colegir que INTERSEG participó de manera activa en la comisión del acuerdo colusorio sancionado por esta Entidad.

13.3.3.2 ANDCOM LTDA., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA., UNIÓN ELÉCTRICA S.A. y MELTEC COMUNICACIONES S.A.

Debe resaltarse que las mencionadas empresas al ser parte de una de las uniones temporales que estaban participando en el proceso de Selección Abreviada No. 1., debieron conocer las circunstancias que rodearon el cierre del proceso, la consecuente adjudicación del contrato, las denuncias presentadas por las irregularidades del proceso por parte del Zar Anticorrupción y las consideraciones de la Procuraduría respecto del caso; o al menos debieron haber despertado sospechas acerca de las irregularidades acaecidas con la adjudicación del contrato, al igual que por el rechazo de las

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

propuestas presentadas por las otras dos (2) uniones temporales por la duplicidad de sus integrantes, prohibición clara y expresa de los pliegos de condiciones.

Lo anterior, debido a que si bien los recurrentes afirman en sus recursos que las empresas no tenían conocimiento del acuerdo colusorio y que el hecho de tolerar no significaba la existencia de un actuar anticompetitivo; al estar participando en el proceso licitatorio debían tener por lo menos conocimiento que los órganos de control y la policía había llamado la atención sobre las conductas ilegales que habían caracterizado el desarrollo del proceso de selección abreviada, así como de las declaraciones rendidas por el Zar Anticorrupción y la Procuraduría.

Por su parte debe recalcar que no le asiste razón al recurrente acerca de que la Superintendencia estuviera limitando el derecho de acceso a la justicia. Por el contrario, desde la Resolución de sanción se puntualizó que esta Entidad no estaba cuestionando el uso de los recursos legales.

Ahora bien, respecto a lo afirmado por los recurrentes relativo a que el Despacho carece de rigor jurídico y fáctico al sustentar la responsabilidad sobre la base que se designó como representante legal de la UT al señor AARON RABINOVICH, quien tenía a su cargo la representación de los intereses de los miembros de la UT; se corrige y se aclara que a quien se designó como representante legal principal fue al señor ANDRÉS BOTERO ARBELÁEZ, situación que en efecto tuvo en consideración esta Superintendencia, tal y como se advierte en el literal e) del numeral 6.4.8.3 de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012.

No obstante, en lo demás, no le asiste razón al recurrente toda vez que es claro que el señor AARON RABINOVICH, en calidad de representante legal de la sociedad INTERSEG S.A. y representante legal suplente de la Unión Temporal SEGURIDAD CARCELARIA fue el determinador de la conducta anticompetitiva sancionada por esta Superintendencia.

Aunado a lo anterior, se debe tener en consideración lo mencionado por esta Entidad respecto de la responsabilidad de los miembros de la unión temporal frente a las propuestas o el contrato, en caso en que resulten adjudicatarios. Así, es claro que como la unión temporal no constituye una persona jurídica diferente, los miembros de la unión temporal deben responder de acuerdo a su participación en la conducta.

Con fundamento en lo mencionado, es claro que no se está imputando responsabilidad objetiva, sino que la Superintendencia sancionó con base en las pruebas recaudadas que revelaron sin lugar a dudas la existencia del acuerdo colusorio y la correspondiente responsabilidad de los miembros de la unión temporal; siendo claro que sin las empresas no hubiera existido unión temporal y sin unión temporal no se estaría analizando la conducta aquí endilgada.

13.3.3.3 AARON RABINOVICHJAMRI

En relación con la responsabilidad de los representantes legales, este Despacho reitera que para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

legales por la infracción de las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen, por un lado, y por otro, es necesario que se pruebe que el representante legal autorizó, toleró, o ejecutó la conducta anticompetitiva atribuible a la empresa. De tal suerte que la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa, pero sólo si se llega a probar que el representante legal con sus actos autorizó, toleró, o ejecutó la conducta por la que se sanciona a su representante.

Ahora bien, frente a la responsabilidad del señor AARON RABINOVICHJAMRI ya se mencionó que las pruebas lo vinculan incluso en calidad de determinador de la conducta anticompetitiva.

13.3.3.4 MARÍA CLEMENCIA VALDERRAMA MEJÍA, representante legal de **INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C LTDA.**, para la época de los hechos investigados; **ADRIANA M. CORREA GUTIÉRREZ DE PIÑERES**, representante legal de **MELTEC COMUNICACIONES S.A.**; **JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL**, representante legal de **ANDCOM LTDA.** y **JUAN CARLOS SALLEG VELANDÍA**, representante legal de **EGC COLOMBIA LTDA.** y **JESÚS EFRAÍN OSSA GÓMEZ**, representante legal de **UNIÓN ELÉCTRICA S.A.**

Frente a la responsabilidad de los representantes legales de las empresas participantes de la Unión Temporal SEGURIDAD CARCELARIA, se predica un elemento de consentimiento y coordinación frente a los acuerdos anticompetitivos. En ese sentido y como quiera que se encontró responsables a las empresas que hacían parte de la UT SEGURIDAD CARCELARIA, de igual forma se tiene que sus representantes legales, conocían las circunstancias y particularidades en las que se estaba llevando a cabo la adjudicación de ese contrato, tolerando la realización de la conducta anticompetitiva.

13.3.4 Frente a los argumentos referidos por el señor MAURICIO PARADA PERILLA

El señor MAURICIO PARADA PERILLA refiere que en este proceso se ha visto en presencia de una imputación con tintes de prejujuamiento, la cual adolece de toda fundamentación real, fáctica y jurídica. Igualmente, señala que él no es una de las personas a las cuales la Fiscalía le interceptó la línea telefónica; que él no fue uno de los interlocutores de las conversaciones que fueron interceptadas de DIANA NASSIF. También afirma que no está probado en el expediente que se hubiera reunido con la señora DIANA NASSIF para presuntamente acordar maniobras colusivas.

Este Despacho rechaza los argumentos presentados por el recurrente, como quiera que la investigación administrativa adelantada por esta Superintendencia desde sus inicios se ha desarrollado en cumplimiento de la ley y garantizando el derecho de defensa y el debido proceso de cada uno de los investigados. Ahora bien, tampoco es de recibo la afirmación del recurrente según la cual la investigación ha tenido "tintes de prejujuamiento", por cuanto tal y como se plasmó en el acto sancionatorio como en líneas anteriores del presente acto administrativo, la Superintendencia llegó a la conclusión de la existencia de un acuerdo colusorio entre las personas naturales y jurídicas investigadas a través de un estudio en conjunto de la totalidad del acervo

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

probatorio y de la aplicación de las reglas de la sana crítica. En relación con las pruebas que dan cuenta de la responsabilidad que recae sobre el señor MAURICIO PARADA PERILLA, se encontró que:

- Los estudios previos al Proceso de Selección fueron elaborados por SECURITY SYSTEMS LTDA., RAMIREZ INGENIEROS, INTEGRAR S.A., ALBERTO VELOZA Y MAURO BADALACHI RAMIREZ. En el caso de SECURITY SYSTEMS LTDA., su diseñador responsable fue el ingeniero MAURO BADALACHI RAMIREZ, quien posteriormente trabajaría para la UT SEGURIDAD CARCELARIA. Esto le generaba una inhabilidad a SECURITY SYSTEMS, cuyo representante legal era el señor MAURICIO PARADA PERILLA, para presentar por sí misma o haciendo parte de un consorcio o unión temporal una oferta en el Proceso de Selección, pues su empresa había participado en el diseño de la obra objeto del proceso³⁰.
- Se logró determinar que ni MAURICIO PARADA PERILLA, ni SECURITY SYSTEMS LTDA. -empresa a la que representa legalmente- participaron directamente como

³⁰ ENTREVISTA-FPJ-141 No. 1100116000101201100034 rendida por MAURO BADALACCHI RAMIREZ el día 23 de enero de 2012 ante la Policía Judicial. Expediente No. 08-126301, folios 12771 a 12773: }

“(…) PREGUNTADO: Informe si dentro de su profesión se puede asesorar al estado y posteriormente servir de asesor alguno de los oferentes.

CONTESTO: Si la asesoría es al estado no es prudente asesorar al oferente, porque el asesor del estado puede conocer detalles del proceso que en un momento dado puede favorecer al oferente dentro del proceso licitatorio.

“(…) PREGUNTADO: En el proyecto que manejo FONADE en desarrollo del convenio 150 de 2005 con el Ministerio del Interior y de Justicia y en el proyecto de licitación Nro.001-2008 proyecto de seguridad de diez cárceles en el país tuvo usted alguna intervención. En caso afirmativo por favor explique.

CONTESTO: En el caso de FONADE fui en los años 2005 y 2006 diseñador de los sistemas de seguridad por intermedio de la empresa Security Systems para los proyectos de las cárceles de Acacias, Yopal y Florencia y con el consorcio que no recuerdo el nombre fui diseñador de seguridad de los proyectos Puerto Triunfo y Medellín. Respecto a la licitación Nro. 001 de 2008 acompañe a la audiencia inicial del proceso en el año 2008 a la compañía Security Systems quienes querían evaluar la posibilidad de participar en el proceso.

“(…) PREGUNTADO: Ya el proceso de ejecución del contrato de Seguridad Carcelario Nro. 076 de 2009 usted tuvo alguna intervención.

CONTESTO: No estoy seguro que sea el contrato 076 pero en el de ejecución carcelaria preste mi servicio como Ingeniero de ajustes a diseño porque yo consideraba que mi aporte era importante para el proyecto ya que yo había hecho los diseños iniciales de cinco de los proyectos. Es de anotar que por mi solicitud la Unión Temporal Seguridad Carcelaria debió haber solicitado el aval al Ministerio del Interior y de Justicia para que me aceptaran a mi como Ingeniero de ajustes de diseños, llego a esta conclusión ya que yo era aceptado en los comités técnicos como Ingeniero de ajustes y diseño y además la Unión Temporal Seguridad Carcelaria tenía inicialmente otro ingeniero y pidieron el cambio del mismo. En los últimos tres meses del proyecto prestaron sus servicios a la Unión Temporal Seguridad Carcelaria otros Ingenieros para ajustes a los diseños de los proyectos de Jamundi, Ibagué, Guaduas, y Picota, o sea no fui el único Ingeniero que realizo esa actividad, algunos de ellos fueron los Ingenieros diseñadores iniciales de esos proyectos (...).”

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

proponentes o integrantes de alguna de las uniones temporales presentes en el Proceso de Selección, pero sí indirectamente al suministrar los productos y el sistema de detección de incendios a la UT SEGURIDAD CARCELARIA³¹. Esto se evidencia en la documentación técnica de la propuesta presentada por la referida UT, en la que se anexa “certificación del fabricante TYCOFIRE & SECURITY, donde autoriza a la firma SECURITY SYSTEMS como distribuidor directo de fábrica de los productos – paneles de detección de incendios” y a la vez SECURITY SYSTEMS habría autorizado a la empresa ANDCOM LTDA., integrante de la UT SEGURIDAD CARCELARIA para suministrar, instalar y dar soporte técnico post-venta sobre todos los productos fabricados por TYCOFIRE & SECURITY³².

- A lo largo de la investigación se pudo evidenciar que MAURICIO PARADA PERILLA tenía interés en el Proceso de Selección. Tanto así, que presentó observaciones a los pliegos de condiciones, envió manifestación de interés para participar en el Proceso de Selección, y se inscribió para las visitas obligatorias en los centros penitenciarios donde se ejecutaría el contrato.
- Las comunicaciones constantes con AARON RABINOVICH y GUSTAVO DOMÍNGUEZ en los periodos comprendidos entre septiembre y diciembre de 2008, y enero y febrero de 2009.
- En el interrogatorio³³ rendido el día dieciséis (16) de noviembre de 2011, el señor MAURICIO PARADA PERILLA reconoció que efectivamente se había reunido con la

³¹ En interrogatorio rendido por el señor MAURICIO PARADA PERILLA el día 16 de noviembre de 2011 ante esta Superintendencia afirmó lo siguiente:

“(…)Pregunta de la SIC: Qué interés representaba para Usted el proceso de Selección Abreviada 001 de 2008 convocado por el Ministerio del Interior y de Justicia, que tenía como objeto contratar la seguridad electrónica de once establecimientos carcelarios en el país?

Respuesta: Digamos que para mi personalmente no existía ningún interés, ni para la organización, para la empresa. Y la empresa lo que hizo fue hacer una cotización sobre un sistema de incendio que se necesitaba para ese proyecto.

Pregunta de la SIC: La cotización a la que Usted nos refiere se la presento en concreto a que persona o a que empresa?

Respuesta: A la unión temporal.

Pregunta de la SIC: Recuerda Usted el nombre de la unión temporal?

Respuesta: No sé. No me acuerdo. No sé si sea Cárceles 2008 o 200. O sea la que estaba compuesta por Interseg, por Andcom, por ...

Pregunta de la SIC: Seguridad carcelaria?

Respuesta: Seguridad carcelaria, eso (...). Expediente No. 08-1263012, folio 12452 a 12453

³² Documento obrante en el Cuaderno Público No. 24, folios 6345 a 6346.

³³ Folios 12452 a 12453 del Cuaderno No.44 del expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

señora DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, representante de las empresas CIPECOL LTDA y RAPISCAN SYSTEMS INC., miembros de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008, señor AARON RABINOVICH JAMRI, representante legal para la época de los hechos investigados de la empresa INTERSEG S.A., miembro de la UNIÓN TEMPORAL CÁRCELES 2008 y el señor GUSTAVO DOMINGUES FERIS, funcionario de CIPECOL LTDA.

- Transcripciones de conversaciones telefónicas intervenidas a los teléfonos de DIANA NASSIF DE RIMA que dan cuenta de la mencionada reunión en el Hotel Bogotá Plaza.
- Existencia y presentación de la oferta simbólica presentada por la UT CÁRCELES 2008, cuya conducta favoreció que le adjudicaran el contrato a la UT a la cual iba a suministrar sus equipos.

Teniendo en cuenta las pruebas antes referidas, se equivoca el recurrente al señalar que la SIC haya manifestado que él fue proponente en el proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008, pues al contrario, de manera clara se expuso que no había sido proponente pero que se había logrado verificar que tenía intereses en el proceso de selección. Lo que se indicó en el acto administrativo sancionatorio fue que el hecho de que el señor MAURICIO PARADA PERILLA no hubiera participado de manera directa en el proceso de Selección Abreviado No. 01, no es un hecho que pueda eximirlo de su responsabilidad en la realización de la practica anticompetitiva. En ese sentido, **existen pruebas en el expediente que permiten demostrar que el señor MAURICIO PARADA tenía un interés en que la firma ganadora fuera la UT SEGURIDAD CARCELARIA, por cuanto si la misma ganaba el podría suministrar algunos de los equipos en su calidad de proveedor de la UT.**

Tampoco concuerda este Despacho con el argumento según el cual su responsabilidad se refiere a la interceptación de unas supuestas llamadas telefónicas en las que no actúa como interlocutor, sino en las que presuntamente hablan de él, las cuales no son otra cosa que escuchas de conversaciones privadas en donde los interlocutores se refieren presuntamente a él y que, en esa medida, no podrían ser usadas en su contra, pues serían simplemente una mera sospecha, más no un indicio serio o una prueba contundente de su responsabilidad.

Frente al particular, cabe anotar que la Superintendencia no tiene como única prueba de la responsabilidad del señor MAURICIO PARADA PERILLA la interceptación de las llamadas telefónicas a los abonados celulares de la señora DIANA NASSIF DE RIMA y otras personas naturales -en las que no se encuentra el abonado celular del señor MAURICIO PARADA PERILLA-, sino que dichas pruebas, estudiadas en conjunto con otros hechos que han sido probados a través de otros medios, sirven de prueba a este Despacho para establecer la responsabilidad del señor MAURICIO PARADA PERILLA.

No puede entonces pretender el recurrente que la Superintendencia desestime pruebas como los indicios, cuando el indicio es un medio de prueba reconocido y valido, razón por la cual así el señor MAURICIO PARADA PERILLA no sea el interlocutor de las

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

conversaciones interceptadas, dicha situación no significa que de las conversaciones interceptadas -en las que se menciona su nombre en repetidas ocasiones-, valoradas en conjunto con otros medios de prueba, no se pueda establecer la participación de MAURICIO PARADA PERILLA en el acuerdo colusorio.

Se debe recordar que el indicio es un hecho conocido del cual se infiere uno desconocido. La prueba basada en indicios se compone de tres elementos, a saber: (i) un hecho conocido o indicador; (ii) un hecho desconocido; y (iii) una inferencia lógica, en la que partiendo del hecho conocido se logra deducir la existencia del hecho que se pretende conocer. Los indicios pueden ser necesarios o contingentes. La doctrina ha entendido por indicio necesario aquél hecho que de manera infalible e inequívoca, demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado. El indicio es contingente cuando un efecto dado puede tener varias causas probables, la pluralidad de éstos últimos puede ser plena prueba³⁴.

En ese orden de ideas, del estudio de las pruebas que obran en el expediente, las conversaciones telefónicas que fueron interceptadas a la señora DIANA NASSIF DE RIMA y otras personas naturales, se configuran -para el caso del señor MAURICIO PARADA PERILLA- como un indicio a partir del cual se puede inferir y tener como hecho probado su participación en el acuerdo colusorio, valorada dicha prueba en conjunto con otras pruebas que obran en el expediente.

De otro lado, el recurrente señala que si bien se reunió con algunas personas de las investigadas, lo hizo únicamente sirviendo de contacto entre unos y otros, de lo cual dan fe los interrogatorios rendidos por todas las personas que asistieron a la reunión, coincidiendo todos en que su papel en estos encuentros no tuvo otro objetivo que servir de contacto entre unos y otros y no de efectuar un acuerdo colusorio. Así las cosas, critica el hecho de que la SIC decide no darle crédito a los interrogatorios, descartando dichas pruebas y decidiendo que lo único que tiene valor son las grabaciones de las conversaciones privadas en donde en momentos aislados se menciona su nombre.

En efecto, la Superintendencia además de tener en cuenta las interceptaciones a las llamadas telefónicas, también tuvo en cuenta diversos interrogatorios practicados por la Delegatura para la Protección de la Competencia, en los cuales se pudo verificar que el señor MAURICIO PARADA PERILLA fue una de las personas que estuvo presente en la reunión del Hotel Bogotá Plaza, reunión en la que, como ya se demostró, se fijaron los términos y beneficios que cada una de las partes del acuerdo anticompetitivo obtendría como resultado de la presentación de la propuesta simbólica por parte de la UT CÁRCELES 2008. De esta forma, si bien es cierto que los investigados manifestaron que los motivos de la reunión en el Hotel Bogotá Plaza fueron diferentes a la realización de un acuerdo anticompetitivo, dichas versiones se alejan de la realidad y de la verdad que muestran las escuchas de las grabaciones de las llamadas interceptadas, las cuales reflejan lo ocurrido el día en el que se llevó a cabo la reunión.

De otra parte, refiere que no existe ningún proceso penal en su contra y que lo que hay es una serie de quejas infundadas, temerarias y contradictorias de otros competidores

³⁴ Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Décima Sexta Edición, Bogotá.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

en el medio de la seguridad electrónica, así como una serie de ecos recogidos en la prensa amarillista de este país que terminan por condenar a los ciudadanos sin necesidad de un juicio previo. Frente a este argumento en particular se reitera que el bien jurídico perseguido por la acción penal y aquel perseguido por la acción administrativa sancionatoria son diferentes, razón por la cual el hecho de que en contra del señor MAURICIO PARADA PERILLA no exista ningún proceso penal, circunstancia que además no le consta a esta Entidad, no significa que la administración no persiga las conductas realizadas en violación del régimen de libre competencia.

13.3.5 Frente a los argumentos referidos por CIPECOL LTDA. y la señora DIANA NASSIF DE RIMA

CIPECOL LTDA. y la señora DIANA NASSIF indican que la resolución de sanción viola sus garantías procesales y constitucionales. Para soportar dicho argumento inician sus consideraciones señalando que el proceso sancionatorio, por ser una manifestación del ordenamiento punitivo, debe respetar los principios del derecho penal, razón por la cual para que un acto sea sancionado debe ser típico, antijurídico y culpable, y cualquier duda debe resolverse a favor de los investigados. En virtud de lo anterior el tipo sancionatorio de la celebración del acuerdo requiere que se verifique que efectivamente se realizó un acuerdo para luego determinar si el mismo es contrario a las normas de competencia.

Tal y como se expuso en líneas anteriores, la Superintendencia de Industria y Comercio se valió de diversos medios probatorios para lograr establecer que la conducta desplegada por las personas naturales y jurídicas sancionadas efectivamente se llevó a cabo sin lugar a duda. Desde el inicio de la apertura de la investigación se imputó a los investigados la realización de un acuerdo anticompetitivo en el marco del proceso de Selección Abreviada No. 01 de 2008, de conformidad con lo consignado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Siendo esto así, los investigados conocieron en su debido momento la imputación fáctica y jurídica que efectuó esta Entidad, permitiendo que éstos ejercieran en tiempo y en debida forma su derecho de defensa, garantizando el debido proceso de todos y cada uno de los investigados. Ahora bien, las pruebas que fueron tenidas en cuenta en la resolución sancionatoria que hoy se recurre y que en apartes anteriores de este acto administrativo fueron relacionadas, permitieron a esta Superintendencia encontrar como responsables de la comisión de la conducta anticompetitiva a las personas naturales y jurídicas hoy sancionadas.

En consecuencia, no pueden pretender los investigados que la Superintendencia sólo pueda hacer uso de pruebas como una confesión o una prueba directa suscrita por los sancionados de las cuales se pueda establecer su responsabilidad, ya que los medios de pruebas son diversos, y es su valoración conjunta atendiendo las reglas de la sana crítica la que permite establecer la comisión o no de una conducta.

Finalmente, señalan que como no hay plena certeza de la existencia de un acuerdo colusorio y que existe duda al respecto, debe respetarse el debido proceso y resolver dicha duda a su favor, absolviéndolos de las conductas imputadas. Frente al particular

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

es de suma importancia resaltar que no existe duda ni falta de certeza respecto de la responsabilidad de la empresa CIPECOL LTDA. y de la señora DIANA NASSIF DE RIMA en su calidad de representante legal de la primera, por cuanto tal y como se expuso en el acto recurrido, CIPECOL LTDA. y DIANA NASSIF DE RIMA son considerados agentes determinadores del acuerdo colusorio. En efecto se probaron, entre muchos otros hechos, que:

- La señora DIANA NASSIF no tenía el ánimo de competir en el proceso de selección referido, por cuanto como consecuencia del acuerdo anticompetitivo sus incentivos estaban dirigidos a buscar el rechazo de su propuesta y de la propuesta de la UT PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA para que resultara beneficiara la UT SEGURIDAD CARCELARIA.
- La señora DIANA NASSIF conocía de manera clara la intención de las empresas CONTROL BOX y EBC INGENIERÍA de retirarse de la UT CÁRCELES 2008, y aún así decidió presentar la propuesta a nombre de la UT cuando ya no estaba conformada por el total de sus integrantes.
- La reunión a la que asistió la señora DIANA NASSIF en el Hotel Bogotá Plaza, tuvo como propósito la planificación del acuerdo colusorio, de conformidad con el contenido de las grabaciones de la interceptación de las llamadas telefónicas.

13.3.6 Frente a los argumentos presentados por RAPISCAN SYSTEMS INC.

Como ya se expuso en la Resolución sancionatoria, CIPECOL LTDA. y RAPISCAN SYSTEMS INC., esta última representada en Colombia por CIPECOL LTDA³⁵, actuando por intermedio de su representante legal la señora DIANA NASSIF DE RIMA, fueron las sociedades que siendo miembros de la UT Cárceles 2008, llevaron el liderazgo en las conductas que permitieron la manipulación del Proceso de Selección, en particular debido a: (i) la presentación de la propuesta simbólica de la UT Cárceles 2008; (ii) las reuniones previas y posteriores al Proceso de Selección con personas que eran sus competidores y que participaban en otra unión temporal del proceso de selección y (iii) el haber tolerado la distorsión del mercado relevante afectado.

En consideración al poder conferido por RAPISCAN a CIPECOL, este Despacho considera necesario abordar el tema del contrato de mandato, puesto de presente de manera insistente por el recurrente en el recurso de reposición.

En este orden de ideas, el mandato es un contrato bilateral en virtud del cual una persona **confía** la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.³⁶ Se trata de un negocio jurídico celebrado *intuito*

³⁵RAPISCAN confirió poder general a la Sociedad CIPECOL, representada legalmente por la señora DIANA NASSIF DE RIMA, para participar en el Proceso de Selección Abreviada No. 001 de 2008 abierto por el Ministerio de Interior y de Justicia.

³⁶ Ver artículo 2142 del Código Civil.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

personae, es decir, en consideración a las calidades especiales y a la confianza que se tiene en una determinada persona.

El mandato puede desarrollarse con o sin representación. Será con representación cuando el mandatario obre por cuenta del mandante y en nombre de éste, radicándose en cabeza del mandante los efectos jurídicos nacidos del negocio celebrado. Por su parte, será sin representación cuando el mandatario actúe por cuenta del mandante, pero en nombre propio, comprometiéndose personalmente ante terceros.

La representación está prevista en el artículo 832 del Código de Comercio y consiste en una “(...) *figura jurídica mediante la cual una persona celebra un negocio jurídico en nombre de otra, llamada representado, de modo que el negocio se considera celebrado directamente por este a quien pasan los derechos y obligaciones derivadas del negocio*”.³⁷

La representación puede ser general o especial, la primera ocurre cuando el mandatario tiene facultades para actuar en todos los negocios del poderdante y está comprendida en los artículos 2156 del Código Civil y 65 del Código de Procedimiento Civil, y la representación especial, ocurre cuando el mandatario está facultado para actuar en uno o más negocios definidos claramente, bajo determinadas condiciones y con determinados terceros y está prevista en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, el tratadista Fernando Hinestrosa ha indicado lo siguiente:

“ (La representación) (...) presupone y envuelve una confianza especial en el representante, a la vez que un riesgo del representado inherente a ella (...) no en todos los contratos de gestión y en todas las circunstancias de representación se da el mismo grado de confianza. El poderdante deposita su confianza en el procurador, no solamente en su habilidad, destreza, eficiencia, sino antes y en forma más amplia, en su honradez y su lealtad (...) Ello tiene una contrapartida: el riesgo de desacierto en la escogencia del representante y, posteriormente, el de comportamiento descuidado, torpe o incorrecto de éste. Al que la ley y el dominus³⁸ atienden con medidas de previsión, vigilancia y responsabilización.”³⁹ (Negritas fuera del texto original).

En el mismo sentido ha indicado que la exclusión de la responsabilidad del representado por “el comportamiento incorrecto del representante” no es una solución pacífica, toda vez que el representado, al autorizar a otra persona para que celebre contrato por él, está asumiendo el riesgo de una eventual mala conducta por parte del mandatario.⁴⁰

³⁷ PEÑA NOSSA Lisandro. Contratos Mercantiles Nacionales e internacionales. Cuarta edición. Editorial Temis S.A. p. 298.

³⁸Se refiere al mandante en latín.

³⁹HINESTROSA Fernando. La Representación. Editorial Universidad Externado de Colombia. p. 129.

⁴⁰ Ibid. p. 300.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Habiendo establecido lo anterior y aterrizando al caso concreto, RAPISCAN al otorgar el poder a CIPECOL, (con quien ya tenía relaciones comerciales desde el año 2006 a raíz de un contrato de distribución) le estaba confiando su representación en el proceso licitatorio, para que adelantara todas las actuaciones necesarias tendiente a obtener la adjudicación del contrato con el Ministerio de Interior y de Justicia.

El poder fue otorgado por RAPISCAN a nombre de CIPECOL para que lo representara en la República de Colombia desde el 11 de septiembre de 2008 al 11 de septiembre de 2009, con las siguientes facultades:

(...)

“Firma, suscripción y presentación de las propuestas u ofertas técnicas y económicas para todas las licitaciones y/o cualquier proceso de adquisición o contratación.

Firma, suscripción y elaboración de los contratos y/o escrituras públicas para la participación en consorcio en todas las licitaciones y/o cualquier proceso de adquisición o contratación.

Firma y/o suscripción de los contratos correspondientes que se deriven de la obtención de la buena pro (sic) en todas las licitaciones y/o cualquier proceso de adquisición o contratación”.

Del contenido del poder se extrae que el mismo fue concedido con facultades generales para la representación de RAPISCAN en cualquier proceso de adquisición o contratación en Colombia.

Teniendo en consideración que RAPISCAN estaba actuando sin domicilio ni sucursal en Colombia y que el único vínculo jurídico que le permitía hacer negocios en el territorio colombiano era un contrato de mandato con representación, debido a que en el pliego de condiciones se exigía que las personas jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia acreditaran un apoderado domiciliado en Colombia, debidamente facultado para **participar y comprometer a su representado** en las diferentes instancias del Proceso de Selección, lo mínimo que debía hacer RAPISCAN era vigilar las actuaciones de CIPECOL, toda vez que éstas comprometían su responsabilidad directamente.

Al respecto ha establecido la Corte Suprema de Justicia que como a través de un mandato se confía a otro la gestión de uno o más negocios, el mandante está plenamente facultado para trazar instrucciones al mandatario, quien quedará obligado a acatarlas.⁴¹ Así mismo el mandato implica el control y vigilancia del contratante sobre la manera en que se ejecutan las obligaciones contractuales o el deber de rendir informes periódicos sobre ellas.⁴²

Aunado a lo anterior, de la naturaleza del contrato de mandato, devienen obligaciones para el mandatario de informar al mandante acerca de la marcha del negocio, rendirle

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 16208 del 17 de julio de 2001. M.P. Carlos Isaac Nader.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 23805 del 10 de marzo de 2005. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

cuenta detallada y justificada de su gestión e informar sobre la ejecución del mandato, según lo disponen los artículos 1268 y 1269 del Código de Comercio, obligaciones que claramente estaba incumpliendo CIPECOL y que RAPSICAN en vez hacerlas exigibles a través de la solicitud de información acerca de las actuaciones adelantadas en el proceso de Selección Abreviada No. 001 de 2008, las permitió.

Si bien el apoderado de RAPISCAN manifestó que *“estuvo pendiente y participó en la elaboración de la oferta como lo prueban las distintas comunicaciones enviadas a CIPECOL, en las que la sociedad extranjera estuvo atenta a la recolección y elaboración de la propuesta en la parte que le correspondía”*⁴³, al revisar las comunicaciones remitidas por RAPISCAN a CIPECOL que obran en el expediente, esta Superintendencia advirtió que en el transcurso de un (1) año para el cual tenía vigencia el poder, RAPISCAN envió un total de cuatro (4) correos electrónicos, tres (3) remitidos por el señor PHIL WASCHER en las fechas 10, 11 y 11⁴⁴ de septiembre de 2008 respectivamente, antes de que se constituyera la unión temporal y una última comunicación del 26 de mayo de 2009⁴⁵ suscrita por el señor JOSHUA M. GREENBERG, solicitando explicaciones por la información publicada en la REVISTA CAMBIO, como se relaciona a continuación:

Mes	Acontecimiento ⁴⁶	Comunicaciones
Septiembre 2008	11 de septiembre: Suscripción del poder. 30 de septiembre: Constitución de la Unión Temporal CÁRCELES 2008.	3 comunicaciones vía correo electrónico: 1. 10 de septiembre de 2008 remitido por Phil Wascher a las 4:54 p.m. 2. 11 de septiembre de 2008 remitido por Phil Wascher a las 10:51 a.m. 3. 11 de septiembre de 2008 remitido por Phil Wascher a las 12:08 p.m.
Octubre 2008	1 de octubre: EBC INGENIERÍA informa a CIPECOL el retiro de la UT CÁRCELES 2008.	No hay comunicaciones.
Noviembre 2008	5 de noviembre: el comité evaluador del proceso de selección rechaza las propuestas presentadas por CÁRCELES 2008 y PROTECCIÓN INTEGRAL	No hay comunicaciones.

⁴³ Resolución SIC 53991 del 14 de septiembre de 2012.

⁴⁴ Obran a folios No. 2948 y 2949 del Cuaderno No. 10.

⁴⁵ Obra a folio No. 2964 DEL Cuaderno No. 10.

⁴⁶ En esta tabla se incluye un resumen de **algunos** de los acontecimientos que tuvieron lugar en el proceso de selección.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

	CARCELARIA. 10 de noviembre: el comité evaluador del proceso de selección suspende el proceso de evaluación de las propuestas. 27 de noviembre: se adjudica el contrato a la UT SEGURIDAD CARCELARIA.	
Diciembre 2008	10 de diciembre: la Procuraduría General de la Nación solicita al MIJ la revocatoria del acto de adjudicación del contrato. 11 de diciembre: el MIJ revocó la adjudicación del contrato.	No hay comunicaciones.
Enero 2009		No hay comunicaciones.
Febrero 2009		No hay comunicaciones.
Marzo 2009		No hay comunicaciones.
Abril 2009		No hay comunicaciones.
Mayo 2009		Comunicación de fecha 26 de mayo de 2009 remitida por JOSHUA M. GREENBERG solicitando explicaciones por el artículo “Reverzaso en adjudicación de contrato” publicado en la revista Cambio.
Junio 2009		No hay comunicaciones.
Julio 2009		No hay comunicaciones.
Agosto 2009		No hay comunicaciones.
Septiembre 2009		No hay comunicaciones.

Con fundamento en lo anterior, si fuera cierto como lo señala el recurrente que RAPISCAN estuvo pendiente durante todo el proceso licitatorio, cómo se explica su inactividad en el envío de comunicaciones solicitando información acerca del proceso licitatorio y el hecho de que no medie comunicación averiguando por qué se rechazó la propuesta presentada por la Unión Temporal CÁRCELES 2008 el 5 de noviembre de 2008. Siendo así, es claro que RAPISCAN estuvo en contacto con CIPECOL antes de conformar la unión temporal posiblemente para complementar los requisitos habilitantes, pero tan pronto quedó constituida incurrió en omisión, al desentenderse y no vigilar ni siquiera de manera sumaria, la gestión de su representante. De esta forma, sí existió una omisión en el comportamiento de RAPISCAN, derivado del propio contrato de mandato que existía entre esta y CIPECOL.

Por otro lado, menciona el recurrente que el poder otorgado a CIPECOL no incluía la posibilidad de vincular a RAPISCAN a un acuerdo colusorio y que los actos desplegados por CIPECOL no podían obligar a RAPISCAN, toda vez que fueron

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

realizados en nombre propio. En efecto, como señaló esta Superintendencia en la Resolución de sanción, carecería de lógica que en el contrato de mandato y/o en el de representación suscritos por los miembros de la UT, se consagraran expresamente las facultades para la realización de acuerdos anticompetitivos.

Igualmente, el recurrente parece desconocer que la conducta sancionada por esta Superintendencia fue desplegada por una unión temporal y en consecuencia por los miembros que la conformaban que para el caso que nos ocupa fueron RAPISCAN y CIPECOL.

Así las cosas, se hace necesario hacer algunas precisiones sobre la figura de la unión temporal, la cual está prevista en el numeral 2 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y ocurre cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado. La unión temporal actúa por conducto de un representante que atiende a nombre de sus integrantes los requerimientos y trámites exigidos.

Los consorcios y uniones temporales carecen de personería jurídica, lo que implica que sus miembros conservan su individualidad y se ven afectados por lo que haga la forma asociativa. Si bien la responsabilidad de las uniones temporales es solidaria para el cumplimiento del contrato, ésta es a su vez individualizable frente a la imposición de las sanciones y la caducidad del contrato.

El honorable Consejo de Estado⁴⁷ ha establecido al respecto que cuando se constituye una unión temporal, sus diversos integrantes serán responsables de manera solidaria por todas y cada una de las obligaciones derivadas tanto de la **respectiva propuesta conjunta, como del contrato estatal correspondiente**. En este sentido, es claro que a partir de la formulación de la propuesta conjunta, **la unión temporal se encuentra en plena actividad** que se extiende hasta el momento en que la adjudicación recae en una oferta diferente o hasta que quede en firme el acto por medio del cual se declare desierto el correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual.

En este mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló en concepto emitido el 30 de enero de 1997⁴⁸ lo siguiente:

*“La celebración de contrato estatal con un consorcio, está previsto por el Estatuto de Contratación cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, (nacionales –públicas o privadas- o extranjeras) en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. **En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman (art. 7º, Ley 80 de 1993)”***

⁴⁷ Consejo de Estado. Sentencia 1997-13091 del 12 de septiembre de 2012. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁸ Cámara de Comercio de Bogotá. Modelo de Cláusulas para Contratos de Unión Temporal o Consorcio. 2009.

HW

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Habiendo establecido lo anterior, es claro que con la presentación de la propuesta por parte de la representante legal suplente de la Unión Temporal CÁRCELES 2008, sus integrantes individualmente considerados, a saber RAPISCAN y CIPECOL, quedaron obligados a responder por el contenido de la misma y las obligaciones ahí suscritas de haber salido adjudicatarios, y para el caso que nos ocupa, por la presentación de una propuesta complementaria que tuvo como finalidad que se rechazara la propuesta de la Unión Temporal PROTECCIÓN INTEGRAL CARCELARIA por la duplicidad de integrantes en ambas uniones temporales, y que en consecuencia la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELARIA saliera adjudicataria del contrato.

Lo anterior en el entendido de que la conducta sancionada por esta Superintendencia fue el acuerdo colusorio entre las Uniones Temporales CÁRCELES 2008 y SEGURIDAD CARCELARIA y la consecuencia que generó en el mercado, y no el aspecto volitivo o el desconocimiento que RAPISCAN manifiesta haber tenido sobre las actividades que se estaban llevando a cabo; elementos que salen de la órbita del análisis del derecho de la competencia. En este orden de ideas la conducta colusoria se predicó de las uniones temporales como un todo y no de sus miembros individualmente considerados.

Así, la participación de RAPISCAN en la unión temporal fue necesaria para que se configurara la conducta sancionada por esta Superintendencia, toda vez que para el momento de la presentación de la propuesta, únicamente CIPECOL hacía parte de la UT, ya que ni EBC INGENIERÍA S.A., ni CONTROL BOX LTDA. ni SECURITY BUSINESS LTDA. se consideraron como proponentes en la UT CÁRCELES 2008 por cuanto no aparecen documentos de ellos en la propuesta y es claro que para la constitución de una unión temporal se requiere de dos o más personas.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado⁴⁹ ha establecido que la contratación estatal se fundamenta en la obligación de rectitud y honradez recíproca en los actos, tratos o conversaciones preliminares y que las partes deben proceder de buena fe que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento⁵⁰.

“La buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.”⁵¹

Del aparte transcrito anteriormente es evidente que incluso en el escenario en que RAPISCAN desconociera de la conducta anticompetitiva desplegada por la unión temporal (que se reitera no es de recibo ese argumento toda vez que RAPISCAN es responsable de los actos cometidos por la UT de la que es miembro) es claro que debió

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 1999-00040 de julio 28 de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁰ Numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

⁵¹ Ibid.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

haber actuado con mayor diligencia y conocer las actuaciones que se estaban presentando en el proceso licitatorio, con observancia de los principios generales de las actuaciones contractuales. De esta forma, debe quedar claro que la responsabilidad de RAPISCAN deviene del hecho de ser parte de una de las uniones temporales que fueron parte en el acuerdo anticompetitivo, y que la posterior actitud negligente de RAPISCAN no sirvió para exonerar la compañía de la realización del acuerdo.

13.4 RESPECTO DEL TRASLADO DEL INFORME DE POLÍCIA JUDICIAL

Con relación a los argumentos presentados por los investigados en relación con el informe de policía judicial, estos indican que:

- En el expediente reposa una prueba documental consistente en un presunto peritaje de la policía judicial, presentado supuestamente a la Fiscalía General de la Nación el día 14 de abril de 2011 y realizado por un señor que en el Informe Motivado denominan como HELBER CORREDOR CASTIBLANCO, funcionario del DAS.
- Que nunca se tuvo conocimiento de dicha prueba sino hasta la lectura del Informe Motivado y que afirma que fue allegada a la Superintendencia en marzo de 2012, época para la cual ya se había cerrado la etapa probatoria.
- Que de dicha prueba nunca se le corrió traslado a los investigados y no la conocieron en la etapa probatoria, violando así su derecho de defensa al no conocer las pruebas con base en las cuales se les encuentra responsable por la autoridad.
- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil para que una prueba sea trasladada se deben cumplir los siguientes requisitos. (i) que la prueba se haya practicado válidamente, (ii) se debe trasladar copia autentica, y (iii) que en el proceso primitivo se haya practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella (contradicción), refiriendo que en el presente proceso solamente se cumplió a cabalidad uno de los requisitos, cual es que de la prueba se trasladara copia autentica, más sin embargo los restantes dos requisitos no fueron cumplidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- De igual forma indican que el hecho que se diga que las interceptaciones fueron puestas a su disposición con la oportunidad de controvertirlas no implica que (i) la contradicción debe surtirse en el proceso primitivo para que pueda ser trasladada y (ii) que dentro del derecho de contradicción para este tipo de pruebas, se puede solicitar un cotejo de voces que confirme si las voces de las personas que se aduce participan de las conversaciones son efectivamente ellas, y este procedimiento debe surtirse en el proceso primitivo. Resaltan que a la fecha tampoco se ha agotado el derecho de contradicción que tienen y por consiguiente la prueba no podía ser trasladada al proceso administrativo.

Este Despacho considera necesario realizar algunas precisiones sobre la forma en la que fueron allegadas las pruebas relativas a las grabaciones que contienen las interceptaciones telefónicas, de la siguiente manera. Así las cosas, el informe de Policía Judicial con destino a la Unidad 10 Anticorrupción de la Fiscalía presentado el 14 de

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

abril de 2011 y el informe de Policía Judicial con destino a la Fiscal Sexta Unidad Nacional Anticorrupción, presentado el 9 de diciembre de 2008, fueron incorporados al expediente radicado con el No. 08-126301, así:

- Durante la etapa de **averiguación preliminar**, mediante comunicación radicada con el No. 08-132140-4 del **22 de enero de 2009**, el Despacho del Procurador General de la Nación Oficina de Asesores en Contratación, remitió a la Delegatura para la Protección de la Competencia el informe de Policía Judicial con destino a la Fiscal Sexta Unidad Nacional Anticorrupción en el que se presentó un reporte del análisis de las escuchas de los abonados celulares 310-6964126 y 310-2110530 en el cual se reportaban algunas irregularidades. Dicho informe fue incorporado al expediente y obra en el Cuaderno No. 6, a folios 1834 a 1837.
- Por su parte, durante la **etapa de investigación**, en razón al requerimiento efectuado por la Delegatura para la Protección de la Competencia, mediante comunicación radicada con el No. 08-126301-171 del **26 de septiembre de 2011**, la Fiscal 10, Dra. MONICA JIMENEZ GRANADOS informó:

"(...) Rta./ Al respecto me permito informarle que la noticia criminal 110016000101200800050 se encuentra en etapa de indagación preliminar ya para concluir, en puertas de solicitar imputación únicamente de las siguientes personas por usted relacionadas:

1. DIANA ISABEL NASSIFF DE RIMA identificada con C.C. No. 33.166.075 en calidad de representante legal de la empresa CIPECOL LTDA, RAPISCAN SYSTEM INC y representante legal suplente de la UNIÓN TEMPORAL SEGURIDAD CARCELES 2008 (sic).

2. AARON RABINOVICH JAMRI identificado con C.C. No. 80.407.522 en calidad de representante legal de la empresa INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTEREG S.A. "INTERSEG S.A."

3. MAURICIO PARADA PERILLA identificado con C.C. No. 79.310.662 de Bogotá, representante legal de la empresa SECURITY SYSTEMS LTDA.

(...)

Rta./ Es posible entregar copia de la transcripción de la parte pertinente de las llamadas que se encuentra (sic) involucradas en el presente investigativo, más no de todas las transcripciones cuyos temas son pertinentes para el caso. En cuanto a los audios, no es posible acceder a esta solicitud por dos razones: a) La evidencia a la que se refiere su solicitud debe ser manipulada exclusivamente por los peritos y el policía judicial del caso y está pendiente de un estudio complementario b) Porque aún no se ha imputado luego no se ha hecho el descubrimiento probatorio siquiera parcial. Adicional a lo anterior entrego copia del informe del DAS.

(...)

Rta./ Lo primero a precisar es que los informes de policía judicial no se someten a control de garantías en la Ley 906. Cosa diferente es que, el informe contiene un resumen de la actividad realizada por el policía judicial, que dicho informe se entrega con los

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

documentos, elementos o evidencias que lo soportan, y son esas evidencias as que -no en todos los casos- se someten a control de legalidad ante el respectivo juez de garantías. En consecuencia, el informe referido por ustedes, no tenía porque ser sometido a control de legalidad. Aquel da cuenta en resumen de lo que se escuchó en los audios y que podría ser constitutivo de un hecho punible. Con el informe se ponen a disposición los contenidos de los audios y se entera el fiscal de las demás actividades de policía judicial desarrolladas, así que, este escrito y la evidencia se pusieron a disposición del Juez de garantías, se legalizaron las interceptaciones con ese informe, pero repito, el informe mismo no requiere legalización.

En otras palabras, el informe al cual hace referencia, fue rendido por funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) el 9 de diciembre de 2008, el mismo hace referencia al análisis realizado sobre las grabaciones producto de la interceptación de los abonados 310-6964126 y 310-2110530, por tal motivo, su legalidad se encuentra vinculada a la decisión adoptada por parte del Juez 49 Penal Municipal con Función de Control de Garantías al legalizar las interceptaciones, conforme aparece en el acta que fue mencionada en el punto anterior.

Rta./ Los discos compactos, que contienen las grabaciones relacionadas con los números 3106961426 y 3102110530, son elementos materiales con vocación probatoria, en aras de preservar su autenticidad en un eventual juicio, se encuentran bajo cadena de custodia, conforme lo establece el art. 254 y ss. del C.P.P. (Ley 906 de 2004)". (3388-3393)

Que el Juzgado 49 Penal Municipal con funciones de control de garantías decretó la legalidad de la orden impartida por la Fiscalía General de la Nación de la interceptación de los abonados telefónicos 3106964126 y 3102110530, al igual que impartió legalidad al resultado obtenido con motivo de dicha actividad investigativa resultado que está en cadena de custodia en 6 CD's así como de las transcripciones hechas por la Fiscalía General, según consta en el acta de audiencia del 9 de diciembre de 2008 (3394) (...)"

Con la comunicación antes citada, la Fiscal 10 remitió los siguientes documentos:

- (i) Acta de audiencia de control de legalidad del Juzgado 49 Penal Municipal con funciones de control de garantías, la cual fue incorporada al expediente en el Cuaderno No. 12, folio 3394.
- (ii) El informe de Transcripción de un CD presentado por el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, rendido por la licenciada en lingüística y literatura, GLADIS LARA RAMIREZ, dirigido al señor JULIO CESAR ZABALA PRIETO, responsable del área anticorrupción destacado ante la Fiscalía General de la Nación D.A.S., del 4 de diciembre de 2008, el cual fue incorporado al expediente en el Cuaderno No. 12, folio 3395 a 3402.
- (iii) Informe de Policía Judicial con destino a la Fiscal Sexta Unidad Nacional Anticorrupción en el que se presentó un reporte del análisis de las escuchas de los abonados celulares 310-6964126 y 310-2110530, el cual fue incorporado al expediente en el Cuaderno No. 12, folio 3403 a 3410.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

- Finalmente, mediante comunicación radicada con el No. 08-126301-268 del **2 de marzo de 2012**⁵², la Fiscal 10 remitió los documentos que se relacionan a continuación, que fueron incorporados al expediente y obran en el Cuaderno No. 45 a folios 12613 a 12765:

(i) Transcripciones de las grabaciones telefónicas en ciento cuarenta y cuatro folios, copia de las mismas en tres (3) CD's de audio y los permisos solicitados ante los jueces de garantías.

(ii) Dos (2) gráficas link de comunicaciones entre las siguientes personas con sus respectivos celulares: (AARON RABINOVICH JAMRI - 3103038534), (MAURICIO PARADA PERILLA - 3118766876, (GUSTAVO DOMINGUEZ FERIS - 3102132872) y (DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA - 310-6964126). La Fiscal 10 aclara que las interceptaciones se iniciaron dentro del caso identificado con el número 110016211001200800044, desprendiéndose del mismo mediante compulsas de copias para el radicado 110016000101200800050.

(iii) Entrevista hecha a MARTIN SANTIAGO SUAREZ en dos (2) folios.

(iv) Copia del oficio número I10-28583-SIES-0411 suscrito por Edgar Mauricio Ortega R. Coordinador del Grupo SIES Ministerio del Interior y de Justicia en tres (3) folios.

(v) Copia del oficio 2008EE19700 suscrito por LUIS FERNANDO SANZ GONZALEZ, Gerente General de FONADE en un (1) folio.

(vi) Cronograma de obra perteneciente a la Cárcel de Puerto Triunfo de fecha de 21 de junio de 2009, firmado por el representante legal de la Unión Temporal Carcelaria OMAR RODRIGUEZ y el ingeniero de diseño de la misma Unión Temporal SERGIO BADALACHI y JAIRO H. CLAVIJO como Gerente de Proyecto de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria.

(vii) Entrevista de MAURICIO BALADACHI RAMIREZ en tres (3) folios.

(viii) Oficio de 2 de agosto de 2010, dirigido a COMCEL donde el titular del abonado telefónico 311-2117777, solicitó lugar de ubicación de las celdas donde se consignaron las llamadas entre el 17 y el 21 de octubre de 2008 y la contestación de COMCEL en tres (3) folios.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, este Despacho clarifica que la información allegada a esta investigación administrativa en relación con los informes de policía judicial y las grabaciones de las interceptaciones económicas fueron allegadas en primera medida por una remisión de la Procuraduría General de la Nación, momento en el que esta Entidad tuvo conocimiento de la existencia de dichos informes, razón por la cual en uso de sus facultades administrativas requirió a la Fiscalía la remisión de la

⁵² La audiencia de descargos, establecida en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se llevó a cabo el 5 de marzo de 2012, exponiéndose los argumentos condensados en el Informe Motivado, página 34 y s.s.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

información de los medios magnéticos que contienen las interceptaciones de los teléfonos celulares de las personas identificadas en párrafos anteriores del presente acto administrativo, así como las desgrabaciones de algunas de ellas, y otras pruebas documentales, que pudieran ser utilizadas en la actuación administrativa sancionatoria.

Siendo esto así, la información documental y en medio magnético que fue remitida por la Fiscalía no tenía que cumplir las exigencias contendidas en el artículo 185 del C.P.C., toda vez que esta es considerada información documental en medio físico y medio magnético que es allegada a la investigación y que tenía que ser puesta en conocimiento de los investigados para que ejercieran el correspondiente derecho de contradicción de las mismas al interior del proceso administrativo sancionatorio.

Frente al particular, cabe mencionar que atendiendo al procedimiento administrativo contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia incorporó al expediente los mencionados informes en la etapa de averiguación preliminar los cuales fueron puestos a disposición de los investigados en la resolución de apertura de investigación, momento desde el cual podían iniciar el ejercicio de su derecho de contradicción.

De igual forma, durante la etapa de instrucción se decretó como prueba oficial a la Fiscalía para que dicha entidad remitiera una vez más los citados informes así como las transcripciones de las llamadas y grabaciones en medio magnético. En cumplimiento de tal decreto las grabaciones, así como los demás documentos que soportan su legalidad fueron remitidos por la Fiscal 10 e incorporados en el expediente administrativo. Así mismo, en las audiencias de interrogatorio practicadas por la Delegatura para la Protección de la Competencia a los investigados -cuyas conversaciones reposan en los citados informes y en las transcripciones- se puso de presente el contenido de las comunicaciones en audiencia con el propósito de que los mismos ejercieran el derecho de contradicción frente los mismos.

En consecuencia, una vez más la Superintendencia ofreció oportunidades procesales para que los investigados ejercieran el correspondiente derecho de contradicción, ya que las pruebas reposaban en el expediente para que los investigados, de ser necesario, las controvirtieran o las tacharan, de ser el caso, situación que no se presentó.

Ahora bien, se equivocan los recurrentes al señalar que no tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de contradicción en relación con las grabaciones de las interceptaciones de las llamadas telefónicas o los informes de policía judicial, ya que en el momento en el que se les corre traslado del informe motivado **-dicho traslado se corrió el 31 de mayo de 2012, una vez culminó la etapa probatoria-**, documento en el que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presenta su valoración de las pruebas y recomienda al Superintendente sancionar o archivar una determinada investigación, los investigados contaron con 20 días para presentar sus observaciones, revisar el expediente y controvertir las pruebas que consideraran pertinentes para ejercer su defensa frente al cargo imputado.

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

En este sentido, el derecho de contradicción se mantuvo incólume para los investigados, quienes tuvieron varias oportunidades procesales para controvertir el contenido de los informes de policía y de las grabaciones de la interceptación de las llamadas telefónicas.

Sin embargo, cabe resaltar por parte de este Despacho que las pruebas que hoy son objeto del recurso no fueron las únicas pruebas que tuvo en cuenta este Despacho para verificar la realización del acuerdo colusorio, tal y como se mostró en líneas anteriores, sino que por el contrario existe abundante material probatorio allegado al expediente que ofrecen suficiente evidencia respecto a lo acaecido en el mencionado procedimiento contractual, entre ellas: interrogatorios de todos los representantes legales de las empresas integrantes de las uniones temporales vinculadas con el acuerdo colusorio, testimonios de terceros, visitas administrativas, pruebas documentales aportadas por los investigados, por las Entidades que tuvieron injerencia en la selección objetiva (Ministerio del Interior, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, etc.).

Adicionalmente, es de suma importancia resaltar, tal y como ya se mencionó en el presente acto administrativo, que la prueba de la existencia del acuerdo anticompetitivo se obtuvo no de manera directa del contenido de las grabaciones, sino de la valoración de todas las demás pruebas que reposan en el expediente y dan cuenta de la presentación de la propuesta simbólica por parte de la UT CÁRCELES 2008, para beneficiar como adjudicataria a la UT SEGURIDAD CARCELARIA.

13.5 DE LA DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En los recursos de reposición presentados por ANDCOM LTDA., COMUNICACIONES MELTEC S.A., EGC COLOMBIA LTDA., INGENIERÍA TELEMÁTICA G Y C LTDA., INTERSEG S.A. y UNIÓN ELÉCTRICA S.A., y de los señores JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, ADRIANA MARCELA CORREA GUTIERREZ DE PIÑERES, JUAN CARLOS SALLEG VELANDIA, MARIA CLEMENCIA VALDERRAMA, JESÚS EFRAÍN OSSA GOMÉZ y AARON RABINOVICH JAMRI, los investigados señalan que en el caso en el que el Superintendente no acoja sus pretensiones, solicitan reconsiderar la dosificación de la sanción, pues la empresa investigada no está en la capacidad económica de sufragar 300 millones de pesos, ni su representante legal de asumir una multa de 60 millones de pesos.

Señala igualmente que el Despacho no tuvo en cuenta que en lo que se refiere a la participación de las empresas en la UT, MELTEC COMUNICACIONES participó en un 1%, EGC COLOMBIA en un 17%, UNIÓN ELECTRICA S.A. en un 14% y de INGENIERÍA y TELEMATICA G Y C LTDA., el 17.5%.

Manifiestan que una multa como la impuesta se torna confiscatoria, pues ni la empresa ni su representante legal pueden asumir esta carga, razón por la cual la SIC no puede desconocer la realidad económica de los investigados.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Radicación N° 08-126301

Como se dijo en la decisión de sanción, la conducta de colusión en licitaciones públicas es una de las más graves violaciones al régimen de protección a la competencia, circunstancia que determina que su realización deba ser sancionada de manera severa. Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha señalado:

"La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo"⁵³.

En el caso concreto se ha establecido que las personas naturales y jurídicas acá investigadas incurrieron en conductas colusivas que configuraron un mecanismo coordinado tendiente a incidir en la adjudicación de un contrato con el Estado, más específicamente con el Ministerio de Justicia. Lo anterior no solamente conllevó consecuencias sobre el gasto público sino que afectó de manera sustancial la prestación de un servicio dentro del sistema carcelario, el cual sin lugar a dudas es de gran importancia dentro de la administración de justicia en el país.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que las uniones temporales responden:

"(...)

solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal(...)"

De conformidad con la norma antes citada, este Despacho debe aclarar que la imposición de la sanción de que trata la Resolución No. 53991 de 2012 no corresponde a una sanción por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del incumplimiento de las obligaciones del contrato -casos en los cuales la multa a imponer debe ser proporcional a la participación de cada uno de los miembros en la Unión Temporal-, sino que corresponde a la imposición de una multa por violación a las normas contenidas en el régimen de libre competencia, razón por la cual la multa se impone de acuerdo al grado de participación de los agentes en la comisión de la conducta anticompetitiva, no en el grado de participación que las empresas pudieran tener en la unión temporal.

Teniendo en cuenta lo anterior y el hecho de que la Entidad consideró que en efecto se presentó una diferencia entre el grado de participación que tuvieron los diferentes investigados en la realización de la conducta, este Despacho considera que no es de recibo la variación de la multa impuesta a las empresas ya que de un lado se estableció que a aquellas que habían obrado como determinadoras del acuerdo anticompetitivo se les sancionaría con una multa de mayor valor, mientras que respecto de aquellas empresas que no participaron como determinadores del acuerdo pero que de igual

⁵³ OCDE, "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", Febrero 2009.

HW

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

forma hicieron parte del mismo, se les sancionó con multas inferiores teniendo en cuenta precisamente su grado de participación.

DÉCIMO CUARTO: Que revisado el articulado del resuelve de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012, este Despacho encontró que en éste aparecen algunos errores en la transcripción de los valores de las multas contenidas en los artículos sexto, séptimo y octavo, como se muestra a continuación.

14.1 Respecto del texto transcrito en el artículo sexto

Que en la parte resolutive del acto administrativo arriba citado en el artículo sexto se ordenó "Imponer una sanción pecuniaria a DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 33.166.075, por la suma mil setecientos cincuenta y CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000)", cuando en su lugar debió haberse ordenado **"Imponer una sanción pecuniaria a DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 33.166.075, por la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000)"**.

14.2 Respecto del texto transcrito en el artículo séptimo

Que en la parte resolutive del acto administrativo arriba citado en el artículo séptimo se ordenó "Imponer una sanción pecuniaria a AARON RABINOVICH JAMRI, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.407.522, por la suma mil setecientos cincuenta y CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000)", cuando en su lugar debió haberse ordenado **"Imponer una sanción pecuniaria a AARON RABINOVICH JAMRI, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.407.522, por la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000)"**.

14.3 Respecto del texto transcrito en el artículo octavo

Que en la parte resolutive del acto administrativo arriba citado en el artículo octavo se ordenó "Imponer una sanción pecuniaria a MAURICIO PARADA PERILLA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.310.662, por la suma mil setecientos cincuenta y CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000)", cuando en su lugar debió haberse ordenado **"Imponer una sanción pecuniaria a MAURICIO PARADA PERILLA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.310.662, por la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000)"**.

DÉCIMO QUINTO: Que los demás considerandos, artículos y términos de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012 continúan sin modificación.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el artículo SEXTO de la parte resolutive de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012, el cual quedará así:

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

“ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria a DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 33.166.075, por la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000)”

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el artículo SÉPTIMO de la parte resolutive de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012, el cual quedará así:

“ARTÍCULO SÉPTIMO: Imponer una sanción pecuniaria a AARON RABINOVICH JAMRI, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.407.522, por la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000).”

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR el artículo OCTAVO de la parte resolutive de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012, el cual quedará así:

“ARTÍCULO OCTAVO: Imponer una sanción pecuniaria a MAURICIO PARADA PERILLA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.310.662, por la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DIEZ MIL PESOS MCT. (\$170.010.000).”

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio –

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO CUARTO: CONFIRMAR en todas sus partes los demás considerandos, artículos y términos de la Resolución No. 53991 del 14 de septiembre de 2012.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a CIPECOL LTDA., RAPISCAN SYSTEMS INC., EBC INGENIERÍA S.A.S, SECURITY BUSINESS SOCIEDAD LIMITADA, CONTROL BOX LTDA., ANDCOM LTDA., EGC COLOMBIA S.A.S., INGENIERÍA Y TELEMÁTICA G & C S.A.S., INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A, UNIÓN ELÉCTRICA S.A. y MELTEC COMUNICACIONES S.A., y a los señores DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA, RODRIGO MEJÍA ARCILA, MARTÍN SANTIAGO SUÁREZ GARCÍA, LUÍS EDUARDO GÓMEZ HERNÁNDEZ, JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL, JUAN CARLOS SALLEG VELANDÍA, MARÍA CLEMENCIA VALDERRAMA MEJÍA, AARON RABINOVICH JAMRI, JESÚS EFRAÍN OSSA GÓMEZ, ADRIANA MARCELA CORREA GUTIÉRREZ DE PIÑERES, ANDRÉS BOTERO ARBELÁEZ y MAURICIO PARADA PERILLA, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno en sede administrativa.

ARTÍCULO SEXTO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **04 MAR 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc



LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA

NOTIFICACIONES:

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

CARLOS ALBERTO GUTIERREZ VALENCIA ✓

C.C. N° 16.918.883

T.P. N° 167.393 del C.S. de la J.,

Apoderado

DIANA ISABEL NASSIF DE RIMA

CIPECOL LTDA.

Calle 100 No 8A-55, World Trade Center, Torre C, Piso 10

Teléfono: 6467105

Email: carlos.gutiérrez@gutiérrezvalencia.com

Bogotá

FABRICIO PINZÓN BARRERO ✓

C.C. N° 79.046.688

T.P. N° 52.458 del C.S. de la J.,

Apoderado

MARIA CLEMENCIA VALDERRAMA MEJÍA

INGENIERÍA TELEMÁTICA G & C S.A.S

Carrera 14 No. 81 -19, Oficina 301

Teléfono: 6348220 - 6348219

Bogotá

NICOLAS RIVERA MONTOYA

C.C. N° 80.761.024

T.P. N° 158.124 del C.S. de la J.,

Apoderado

RAPISCAN SYSTEMS INC.

Calle 70 A No. 4-41

Bogotá

LUIS FERNANDO GALVIS ROJAS

C.C. N° 11.431.181

T.P. N° 63.131 del C.S. de la J.,

Apoderado

MAURICIO PARADA PERILLA

Avenida Ciudad de Quito No. 70A -77

Bogotá

PATRICIA MONTOYA RUIZ

C.C. N° 43.970.869

T.P. N° 189.214 del C.S. de la J.,

Apoderada

JESÚS EFRAÍN OSSA GÓMEZ

UNIÓN ELÉCTRICA S.A.

Calle 15 Sur No. 48-39

W

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

Medellín- Antioquia

NATALIA REYES JIMENEZ

C.C. N° 52.991.538

T.P. N° 165.301 del C.S. de la J.,

Apoderada

JULIO ENRIQUE SÁNCHEZ RANGEL

ANDCOM LTDA.

Carrea 7 C No. 130 A-69, Apto 320

Teléfono: 7537796

Bogotá

HERNAN SEBASTIAN ULCHUR BELTRÁN

C.C. N° 1.020.720.576

T.P. N° 189.431 del C.S. de la J.,

Apoderado

ADRIANA MARCELA CORREA GUTIERREZ DE PIÑERES

JUAN CARLOS SALLEG VELANDIA

AARON RABINOVICH JAMRI

ANDRÉS BOTERO ARBELAEZ

MELTEC COMUNICACIONES S.A.

EGC COLOMBIA S.A.S.

INTERAMERICANA DE SISTEMAS Y SEGURIDAD INTERSEG S.A.

Carrera 5 No. 15-11, Oficina 302

Teléfono: 2825838

Bogotá

MONICA CIFUENTES OSORIO

C.C. N° 51.902.329

T.P. N° 61.007 del C.S. de la J.,

Apoderada

LUIS EDUARDO GOMEZ

SECURITY BUSINESS SOCIEDAD LTDA.

Calle 95 No. 49 A -08

Bogotá

MARTÍN SANTIAGO SUAREZ GARCÍA

C.C. N° 79.354.236

Representante Legal

CONTROL BOX LTDA.

Carrera 45 A No. 93-56

Bogotá

RESOLUCIÓN NÚMERO 8917 DE 2013 Hoja N°. 95

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 08-126301

REPRESENTANTE LEGAL

EBC INGENIERÍA S.A.S

Avenida El Dorado No. 69A-51 Torre A., Piso 3
Bogotá

RODRIGO MEJIA ARCILA

C.C. N° 8.254.587

Anterior Representante legal de EBC INGENIERÍA S.A.S
Avenida El Dorado No. 69A-51 Torre A., Piso 3
Bogotá

W