

Radicación: 11-89514

Resolución No. 53914 de 2013

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - CONSORCIOS - Relaciones pre-existentes entre integrantes

No son censurables las relaciones pre-existentes entre oferentes en un proceso de contratación pública, sean estas profesionales o personales. En efecto, no solo es natural y legal que compañías que hayan participado en calidad de consorcio o unión temporal en procesos anteriores, se presenten en procesos posteriores como competidores. También es muy común que lo hagan. Mal haría esta autoridad en censurar por sí misma la realización de consorcios y uniones temporales que, además de estar autorizada por otras leyes, resulta en muchas ocasiones eficiente y procompetitiva.

No obstante lo anterior, se debe advertir, como lo hace la propia OCDE, que los contactos previos entre competidores, si bien no son ilegales, sí pueden constituir una señal de alerta que, acompañada de otras señales -esas sí presuntamente extrañas e irregulares-, deben llevar a la autoridad a investigar más a fondo la naturaleza de la relación entre los competidores, e incluso pueden aumentar la probabilidad de existencia de una colusión.

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - Afectación al mercado - Conductas por objeto

El derecho a la libre competencia ampara, como su propio nombre lo indica, al proceso competitivo en sí mismo y no a los competidores, como lo considera erróneamente el investigado. Dicho esto, lo que hay que observar en este caso es que a VENTAS INSTITUCIONALES se le privó de competir libremente en el Proceso de Subasta SAS-8-2011, no que éste incurriera en unos daños económicos causados por los investigados.

En este sentido, la conducta investigada en la presente actuación -esto es, el acuerdo de dos agentes en el mercado para coludir en un proceso de selección público- por sí misma ya constituye un acto ilegal. Así lo indica el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual recoge los acuerdos que pueden considerarse contrarios a la libre competencia. Nótese que la norma en cuestión en ningún momento habla de daño económico a terceros (tanto competidores como el mercado en general), y menos aún como condición necesaria para probar la existencia de ilegalidad del mismo.

Ahora bien, el hecho que en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 el investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ haya sido seleccionado como único oferente en razón a que los demás participantes en el proceso, incluyendo el investigado HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ no superaron la etapa de verificación de requisitos habilitantes, no demerita lo reprochable de la conducta de los investigados, comoquiera que los medios de prueba obrantes en el expediente expuestos en detalle en el presente acto administrativo, dan cuenta de que los investigados fraguaron un acuerdo anticompetitivo con el objeto de coludir en el Proceso de Subasta SAS-8-2011.

Sobre este punto, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos supuestos fácticos distintos e independientes, esto es, (i) los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o (ii) los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. Los anteriores acuerdos comportan un carácter restrictivo de la competencia de tal suerte que bajo una óptica sancionatoria, ambos resultan reprochables sin que sea necesario que se acrediten en forma conjunta o concomitante, bastando simplemente que cualquiera tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

Es así como al respecto, esta Entidad en diversas ocasiones se ha pronunciado sobre las conductas anticompetitivas por objeto. En el caso ACEMI (2011) la SIC sostuvo, que en los casos de conductas anticompetitivas por objeto, no se requiere de la demostración de sus efectos. Por tal razón, es suficiente contar con evidencia que permita mostrar la realización de la conducta anticompetitiva y que el objeto de la misma sea el de restringir la competencia

Resolución No. 53914 de 2013

o el de determinar de manera ficticia las condiciones del mercado para considerarla como reprochable.

En conclusión, respecto de las manifestaciones del investigado orientadas a fundamentar la ausencia de la conducta en el hecho de la ausencia de daño a terceros, este Despacho se permite reiterar, en consonancia con los argumentos que presentó la Delegatura en el Informe Motivado, que la responsabilidad de los agentes participantes en un proceso de selección contractual no se limita a la consecución de los efectos descritos en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Ello es así por cuanto la conducta colusoria es sancionable no solamente cuando produce efectos, sino también cuando se realiza con el objeto de coludir.

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - Información compartida entre proponentes

Si bien es cierto los investigados, al igual que sus competidores, han participado anteriormente en procesos de contratación -lo cual justificaría que conocieran sus estrategias comerciales o experiencia en el mercado-, esto no significa que en el marco de su común y habitual contacto como competidores, compartan información altamente sensible para el desarrollo del proceso de contratación al que se presentan, como en efecto se verificó en la presente investigación respecto de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Ciertamente, no es de ninguna manera justificable que competidores en el mismo proceso de contratación compartieran información sobre los costos y precios que se presentarían a la entidad contratante en cada una de sus ofertas económicas, y aún peor, es menos justificable y en consecuencia altamente reprochable e ilegal, que tuvieran información sobre la senda de pujas que el otro investigado realizaría en el desarrollo de la subasta, como se demostró en el presente caso.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Principio *In Dubio Pro Reo*

No se desconoció el principio alegado por el investigado. Por el contrario, este Despacho tuvo en cuenta varios elementos de juicio para tener como desvirtuada la presunción de inocencia de los investigados. En esa medida, esta Entidad ha respetado en todo momento las garantías aplicables a los procesos administrativos y ha fundamentado sus decisiones con bases razonables y a la luz de la valoración de las pruebas bajo el sistema de la sana crítica y libre valoración de la prueba.

*En este sentido, el principio de *In Dubio Pro Reo* es una garantía prevista dentro de los procesos en los que hay un investigado a quien se le atribuye alguna conducta ilícita, en sentido lato. La finalidad de las mismas es que se llegue a un punto de persuasión más alto que el que se requeriría normalmente para fallar. He ahí el estándar de la duda razonable. Esta figura, importada del derecho penal americano, fue introducida a la normatividad nacional y permite ser aplicada tanto en los ámbitos del derecho penal colombiano, así como en todo lo que abarca el rubro del derecho administrativo sancionador.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho reitera que no se encuentra en ese estado de vacilación o dubitación que permitiría aplicar la regla del *in dubio pro reo*, pues a partir de la valoración de todo el acervo probatorio se llega a una conclusión que razonablemente permite concluir que los investigados 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.*