

Radicación: 08-126301

Resolución No. 8917 de 2013

CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO- Noción

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.

(...)

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.

COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS - Configuración

*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 de 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.*

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS- Importancia

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

(...)

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.

RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE UNA UNIÓN TEMPORAL- Definición

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.

(...)

*El honorable Consejo de Estado 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.*

(...)

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.