

17-001-23-33-000-2019-00376-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 168

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala 4ª de Decisión Oral, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor [REDACTED] y la sociedad [REDACTED] contra la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra quienes integran la parte accionante, se anulen las Resoluciones N° 85898 de 23 de noviembre de 2018, y 3008 de 11 de febrero de 2019, con las cuales les fue impuesta una sanción económica por infracción al régimen de la competencia, y, en consecuencia, se disponga el reintegro de las sumas pagadas en virtud de los actos demandados, con sus correspondientes intereses, generados entre la data de cumplimiento de dichos actos y aquella en la que se devuelvan los dineros.

CAUSA PETENDI.

- La sociedad DICONSULTORÍA S.A. formó parte del [REDACTED], que resultó adjudicatario en el Concurso de Méritos CM-AAC-002-2009, que culminó con la suscripción del Contrato N° 111 de 2009, cuyo objeto era la interventoría técnica, administrativa y financiera de la construcción del terraplén N° 8 del

Aeropuerto del Café en Palestina, Caldas. Se anota que la adjudicación de este proceso de selección se dio mediante Resolución N° 126 de 21 de octubre de 2009.

- La misma sociedad DICONSULTORÍA S.A. también integró el [REDACTED], que fue adjudicatario del concurso de méritos para seleccionar el Interventor técnico, administrativo y financiero del terraplén N° 10 de la misma terminal aérea, dando lugar a la suscripción del Contrato N° 116 de 2009. En este caso, se indica por la parte actora, la adjudicación tuvo lugar el 30 de octubre de 2009, con la Resolución N° 128 de esa data.
- El 30 de marzo de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO dispuso abrir investigación a la sociedad demandante por, presuntamente, haber incurrido en las conductas descritas en los artículos 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992, y 1° de la Ley 155 de 1959; así mismo, abrió investigación contra el actor [REDACTED], por haber incurrido en la falta prevista en el canon 47 numeral 6 del aludido Decreto 2153/92. Lo anterior, debido a que, supuestamente, se incurrió en la conducta conocida como colusión, pues la demandada halló evidencias de reuniones sostenidas entre los participantes del concurso de méritos, en las que coordinaron la preparación de las ofertas y, por ende, la adjudicación en el proceso de selección.
- A través de los actos administrativos demandados, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO impuso multas de \$ 306'246.864 a la sociedad DICONSULTORÍA S.A. y \$93'749.040 al señor [REDACTED].

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte nulidiscente invoca como infringidos los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, 47 numeral 9 del Decreto 2153/92, 27 de la Ley 1340 de 2009, y 240 a 242 del Código General del Proceso, con base en los motivos de anulación que a continuación se refieren:

FALTA DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO POR CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA: Expone que al

momento de expedir los actos administrativos sancionatorios, la entidad accionada ya no contaba con la potestad sancionatoria por haber operado el fenómeno de la caducidad de dicha facultad desde el 6 de noviembre de 2014, fecha de ocurrencia del último acto violatorio del régimen de competencia económica. Así mismo expresa que, una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, el acto que lo culminó no fue notificado dentro del término de 5 años contados desde el último acto objeto de reproche, como lo exige la norma. En el caso de la colusión, que fue la conducta endilgada a los accionantes, se expresa que puede consistir en un solo acto, o en conductas de tracto sucesivo, caso en el cual la caducidad se cuenta desde la última de ellas.

Tratándose de la colusión, cuando esta se concreta en actos de tracto sucesivo, el acuerdo colusorio en materia de contratación estatal se prolonga hasta la obtención del cometido, es decir, hasta la adjudicación del contrato. Así las cosas, explica que el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153/92 define expresamente la colusión, precisando que los comportamientos reprobables son la distribución de adjudicaciones de contratos, la distribución de concursos o la fijación de propuestas. Contrario a esta interpretación, indica, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha entendido que la colusión se concreta cuando se obtiene el cometido, que es la obtención de rentas por los participantes, postura que a juicio de la parte demandante se aparta de toda lógica, pues esto llevaría a que, aun habiendo colusión, esta no pueda sancionarse si no se comprueba que existió repartición de ventajas económicas.

Pone de presente que la superintendencia incurrió en una grave contradicción, pues como fundamento de la decisión sancionatoria y de la no caducidad de su facultad punitiva, invocó sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que indica expresamente que en estos casos la colusión se concreta al momento de adjudicar el contrato, sin embargo, acogió luego conclusión contraria.

En ese orden, opina que la supuesta colusión que se le endilga en el caso concreto fue de tracto sucesivo, pero se materializó con la adjudicación del contrato que tuvo lugar el 30 de octubre de 2009, fecha a partir de la cual comenzaba a contarse el término de 5 años de caducidad de la facultad

sancionadora, interpretación que se aviene a los verbos rectores de la colusión, pues la conducta reprochada se materializa con la infracción al régimen de competencia económica, mas no con la obtención de beneficios económicos, hipótesis que la norma no consagra.

Insiste que en otros casos de colusión, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha admitido que los actos constitutivos de esta conducta inician con la presentación de ofertas, y culminan con la declaratoria de desierto del proceso contractual, o con la adjudicación del contrato según sea el caso, por lo que sorprende que en el caso de marras haya contrariado su propia tesis para extender su competencia temporal de forma arbitraria hasta la liquidación del contrato, que no es un acto colusorio.

FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE DERECHO, AL INTERPRETARSE INADECUADAMENTE LAS DISPOSICIONES APLICABLES CON LAS QUE SE FUNDAMENTARON LAS RESOLUCIONES 85898 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2018 Y 3008 DE 11 DE FEBRERO DE 2019: Insistiendo la parte nulidiscente en que se dio una errada interpretación a las normas previstas en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 y el canon 47 del Decreto 2153 de 1992, permitió que ampliara su competencia temporal de manera indebida.

Estima que la norma en mención contempla 3 supuestos; de un lado, si la colusión se presenta en licitaciones o concursos, la conducta se concreta con la presentación de la oferta que afecte el normal desarrollo del concurso, para que esta termine desierta; de otro, en caso de que el acuerdo verse sobre la adjudicación de contratos, el acto se agota con la adjudicación, pues en ese momento se presenta la distribución; y tercero, si el acuerdo colusorio es para la fijación de una propuesta, el acto se agotará con la presentación de la respectiva ofertta.

En este sentido, se insiste en que la SIC se basó en una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a la cual le otorgó una interpretación contraria, pues esa providencia recalca que, en casos contractuales, la colusión se agota con la adjudicación del proceso contractual, momento que sirve de punto de partida para contar la caducidad de la facultad

sancionatoria; además, dice, la SIC en otros eventos ha sostenido que la colusión puede extenderse hasta la fase de ejecución del contrato, siempre que este sea cedido o exista subcontratación del contrato adjudicado, y si esto se aplica al caso concreto, los subcontratos fueron suscritos el 15 de diciembre de 2009, por lo que la potestad sancionatoria se computaría hasta el 15 de diciembre de 2014, y con ello, los actos sancionatorios se reputarían también extemporáneos.

FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE HECHO, POR VULNERAR EL PRINCIPIO “VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NOT VALET”, AL DESCONOCER EL ALCANCE VERDADERO DE SUS PROPIOS ACTOS: Nuevamente reitera que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO desconoció sus propios actos y sus propias tesis en relación con la caducidad de la facultad sancionadora cuando se trata de actos de colusión de tracto sucesivo, para explicar que, en los actos demandados, la SIC indicó que las alusiones que hizo la parte actora a un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no eran de recibo, pues este fallo no se encontraba en firme; empero, los demandantes califican como extraña esta aseveración, pues fue la propia entidad accionada quien había citado dicho pronunciamiento judicial y luego pretendió apartarse de este, evidenciando la mala fe de la SIC, pues otro pronunciamiento que sirvió de base a su tesis sí fue considerado, pese a que tampoco se halla en firme.

FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE HECHO, AL NO ACREDITARSE LOS ELEMENTOS DE CONSTITUCIÓN DEL INDICIO COMO MECANISMO DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL ACUERDO COLUSORIO: Anotándose que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO no logró demostrar la existencia del acuerdo de colusión, el que pretendió probar a través de indicios, pero realmente incurrió fue en una inferencia subjetiva que la parte actora califica como peligrosa. Considera, en este sentido, que los testimonios de [REDACTED] y [REDACTED] no prueban la colusión, pues se trata de dichos inducidos y acomodados, no existen hechos probados que den cuenta de un acuerdo de colusión, ni que lleven a un convencimiento pleno de su existencia, como tampoco existió un razonamiento lógico deductivo que acredite dicha conducta; en todo caso, se refiere, no es posible que se presentara colusión toda vez que, por las características del concurso de méritos, el precio lo fijaba la propia entidad y no los concursantes;

adicionalmente, tampoco hubo afectación a la libre competencia económica ni escogencia del contratista, en un proceso al cual se presentaron 8 firmas y 2 personas naturales. Precisa, finalmente, que la SIC profirió una condena en un único texto para todos los investigados, sin individualizarla como lo exige el canon 26 de la Ley 1340 de 2009.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE LA CONDUCTA SANCIONABLE Y LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LA SOCIEDAD DICONSULTORÍA S.A. Y EL SEÑOR [REDACTED]: En su sentir, la SIC incurrió en una incongruencia entre los cargos formulados y la conducta sancionable prevista en la ley. Y haciendo mención a los alcances de la legalidad y la tipicidad en materia sancionatoria, se señala que los accionantes no incurrieron en ninguna de las conductas descritas en el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153/92, por lo que dicha norma es de ejecución inmediata y no de tracto sucesivo, como lo entendió la SIC.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR

La **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** contestó la demanda de manera oportuna con el escrito de folios 418 a 427 del cuaderno principal, donde afirma que sus actuaciones han estado mediadas por el objetivo de proteger la libre competencia económica y la iniciativa privada, garantizadas en el artículo 333 de la Carta Política, y que se extienden a los procesos de contratación estatal.

Sobre la colusión, resalta que tiene varios efectos perniciosos, como impedir que los proponentes participen en procesos de selección transparentes, afectar al Estado por los costos que le implica tener proponentes faltos de idoneidad, perjudicar el mercado por la reducción de la competencia, y la posibilidad de aumento de los precios o disminución de la calidad, además de afectar a la comunidad, por la falta de eficiencia que conlleva la obtención de utilidades injustificadas que derivan los proponentes que incurren en colusión.

Recalca que los procesos sancionatorios se iniciaron a raíz de la denuncia presentada por el señor [REDACTED] sobre posibles conductas de colusión en el marco de la adjudicación de la interventoría del AEROPUERTO DEL CAFÉ, y luego de desarrollado el proceso, esa superintendencia halló plenamente probado el acuerdo de colusión, que se extendió más allá de la etapa de ejecución de los acuerdos contractuales. En virtud de dichos acuerdos, indica, los proponentes coordinaron su comportamiento antes, durante y después de los procesos de contratación, con el propósito de resultar adjudicatarios y retribuir de forma posterior al agente que no resultara favorecido.

Sobre el cargo de anulación por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria, manifestó que las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca citadas por los nulidiscientes, no pueden analizarse por fuera de contexto, ya que involucran los supuestos fácticos particulares de los casos que allí se abordaron, en la medida en que el tema puntual de análisis no era la caducidad de la facultad sancionatoria; además, se trata de procesos de primera instancia, cuyas sentencias aún no están en firme, pues fueron apeladas. En todo caso, anota que, con base en dichos pronunciamientos, es claro que hay conductas de colusión que extienden sus efectos nocivos en la fase de ejecución del contrato, por lo que solo cesan con la liquidación del contrato estatal, tal como ocurrió en el caso concreto, en el que la estrategia de los infractores de la ley resultó exitosa. Explica que el Consejo de Estado ha determinado que, en tratándose de conductas de carácter sucesivo o continuado, la caducidad de la facultad sancionatoria debe contarse desde la fecha en la que cesa la conducta y no desde su iniciación, iterando que en este caso, el comportamiento de colusión cesó con la liquidación del contrato estatal y, por ende, no hay lugar a variar la postura expuesta en los actos demandados, conforme a la cual, tratándose de conductas de tracto sucesivo, la caducidad ha de contarse desde que cesan los efectos de la conducta.

Como muestra de que los efectos de la conducta de colusión se prolongaron después de la adjudicación del contrato, trae a colación los acuerdos realizados con el señor EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRRALDE (REPRESENTANTE DE [REDACTED] [REDACTED]) y los CONSORCIOS [REDACTED] Y [REDACTED] que se tradujeron en pagos compensatorios de los consorcios ganadores a favor de estos últimos, lo

que se constituye en la continuación de los efectos lesivos que se extendieron desde la ejecución del acuerdo contractual. De esta manera, considera que los acuerdos colusorios abarcaron la etapa de ejecución de los contratos, por lo que solo a partir de su liquidación, ocurrida el 27 de diciembre de 2013, puede considerarse que cesó la conducta, y desde esta fecha contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, pues las conductas de tracto sucesivo culminan cuando cesan los efectos de la misma.

Acerca de los indicios, cuya falta de elementos alega la parte accionante, expresa que hubo suficiente prueba del acuerdo colusorio, no solo a partir de las inconsistencias halladas en algunos testimonios, sino con lo demás elementos de prueba que hay en el expediente. Aclara que los testimonios apoyan, pero no son los únicos que fundamentan la conclusión de la Superintendencia sobre la existencia del acuerdo de colusión.

Finalmente expuso, que los acuerdos colusorios no deben versar de forma exclusiva sobre el factor precio, pues como en este caso, pueden abarcar elementos como la experiencia de los competidores, en tanto que lo que la ley castiga es que 2 o más proponentes actúen de manera coordinada en procesos de contratación estatal donde deben fungir como competidores, con independencia del factor sobre el cual versen esos pactos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO /fls. 203-205/: reprodujo de forma íntegra los argumentos planteados en el escrito de respuesta a la demanda, ratificando que no operó la caducidad de la facultad sancionatoria, porque en casos de conducta continuada como el presente, dicho término se computa desde la cesación del comportamiento, en este caso representado por la liquidación del acuerdo contractual, pues lo contrario sería desconocer que la indebida coordinación de los proponentes se prolongó en la fase de ejecución del contrato.

Aclara que dadas las particularidades de la contratación estatal, en este ámbito los proponentes compiten por el mercado, y tiene una fase activa de

presentación de propuestas y observaciones, y otra pasiva, de explotación de beneficios económicos y mantenimiento del mercado adquirido, reiterando que en el caso concreto, las conductas coordinadas entre los proponentes sancionados se prolongaron mucho tiempo después de la adjudicación, prueba de lo cual están las negociaciones que se dieron posteriormente con los consorcios y que implicaron la realización de pagos compensatorios; por ende, solo desde el 27 de diciembre de 2013, fecha de liquidación del contrato y cruce de cuentas entre la contratante y la entidad colusoria, puede contarse la caducidad de la facultad sancionatoria.

En línea con su postura de defensa, añade que la conducta sancionada no se determinó a partir de indicios, sino de un análisis integral de las pruebas que obran en el expediente administrativo, de las cuales emerge la existencia de unos acuerdos y similitudes en las ofertas que los implicados no pudieron explicar ni desestimar. En consecuencia, pide se desestime cualquier cuestionamiento efectuado a la valoración probatoria de manera aislada, pues esta debe hacerse en conjunto.

PARTE DEMANDANTE /fls. 207-219/: ratifica que, al momento de expedir los actos demandados, la entidad llamada por pasiva había perdido competencia por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria, y, además que, una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, tampoco fue notificado el acto sancionador dentro de los 5 años siguientes. Estima, en armonía con la descripción típica plasmada en el Decreto 2153 de 1992, que la colusión se materializa con la distribución de la adjudicación de un contrato o un concurso, o la fijación de propuestas, y no cuando se obtiene el cometido económico o las rentas de la explotación de dicho acuerdo, como lo entiende la entidad demandada. Precisa que fue la propia entidad accionada quien acudió a un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que le brinda la razón a la tesis de los accionantes, y, por tanto, la data del cómputo de la caducidad debe darse desde la fecha de adjudicación del último de los contratos.

De igual manera, acotó, la SIC no determinó cuál de las conductas fue la tipificada al imponer la sanción, incurrió en una falsa motivación por no

acreditar los elementos de constitución del indicio como mecanismo de prueba del acuerdo colusorio, e incurrió en una falta de congruencia entre la conducta sancionable y la valoración del comportamiento reprochado a la parte accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo quienes fungen como parte demandante, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO les impuso sanción de multa por la supuesta violación al régimen de competencia económica, consistente en haber incurrido en la conducta de ‘colusión’ en el marco de la adjudicación del contratista para la interventoría de la construcción del AEROPUERTO DEL CAFÉ.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con los planteamientos de las partes, para esta Sala de Decisión el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO había perdido competencia para expedir los actos administrativos sancionatorios contra los demandantes, en virtud de la caducidad de la facultad sancionadora?*
- *¿Vulneró la entidad llamada por pasiva los derechos al debido proceso de la parte actora durante el trámite sancionatorio, por indebida valoración de la prueba indiciaria, así como la incongruencia entre la conducta sancionable y el comportamiento de los accionantes?*

(I)

CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA

Como se anotó, el principal punto de debate en el *sub-lite* tiene que ver con la ‘caducidad’ de la potestad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en el caso de autos, y en tal sentido, el punto de disenso entrabas partes radica en determinar, cuál es la fecha inicial del cómputo de dicho lapso. Mientras la parte accionante afirma que este plazo debe contarse desde el 30 de octubre de 2009, fecha de ‘adjudicación’ del último contrato de interventoría, la entidad enjuiciada insiste en que el punto inicial para la contabilización de la caducidad tuvo lugar el 27 de diciembre de 2013, fecha en la cual el contrato fue sometido a ‘liquidación’.

Se trata, por modo, de un punto de puro derecho, referido a la hermenéutica que debe brindarse a las normas sancionatorias, y la forma cómo debe contarse el lapso preclusivo de caducidad de dicha potestad, además, a la naturaleza de la COLUSIÓN, conducta que fue objeto de reproche, y que culminó con la decisión en contra de los accionantes.

Para ello, el Tribunal se ocupará de abordar:

(i) la naturaleza de la colusión y las modalidades de la misma, especialmente cuando se da en el marco de la contratación pública;

(ii) la caducidad de la facultad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, y la forma de contar el término, según se trate de faltas instantáneas o de ejecución continuada;

iii) Finalmente, a partir de estos puntos, corresponderá a este juez colegiado dilucidar si la SIC había perdido competencia o no para castigar a los demandantes al momento de proferir los actos demandados, en virtud de la institución jurídica de la ‘caducidad’.

(I)
LA COLUSIÓN

A manera de contexto, la prohibición de las prácticas restrictivas de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el texto del canon 333 inciso 2° de la Constitución Política, por cuyo ministerio, “*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”, prerrogativa que también se halla dentro del catálogo que, a título enunciativo, contiene el artículo 88 del texto fundamental, cuya protección procede a través de las acciones populares.

En la Sentencia C-032 de 2017¹, la Corte Constitucional conceptualizó el derecho a la libre competencia económica, así como su núcleo esencial:

“...

La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de “empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

5.2. La Corte ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que “*La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de*

¹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.²

...” /Cursivas del texto original, resaltados del Tribunal/.

Entretanto, la proscripción de comportamientos contrarios a este postulado, ya se encontraba consagrada en la normativa anterior a la carta de 1991, como lo denota el artículo 1° de la Ley 155 de 1959³, en virtud del cual:

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

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de

²Sentencia C-909 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Consideración Quinta, usando como intertextos la sentencias C-197 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-992 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-616 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-815 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-389 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³ Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.”

interés para la economía general”. /Destacado del Tribunal/.

Más recientemente fue expedido el Decreto 2153 de 1992⁴, que ratificó esta prohibición, pero ahondó en la descripción de los comportamientos que infringen el derecho a la libre competencia económica, y específicamente en lo que es materia de este litigio, estableciendo lo siguiente (art. 47):

“Para el cumplimiento de las funciones a 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” /Subraya la Sala/.

De manera específica, la colusión, conducta prevista en el texto normativo parcialmente reproducido, y por la cual fueron sancionados los accionantes, también ha sido objeto de definición por la jurisprudencia del Consejo de Estado quien, en sentencia de 5 de agosto de 2021, trayendo a colación sus anteriores pronunciamientos, razonó bajo el siguiente temperamento jurídico (M.P. Hernando Sánchez Sánchez, Rad. 25000234100020130060901):

“... ”

Esta Sección de la Corporación ha definido el término colusión y las modalidades bajo las cuales puede configurarse:

“[...] a) Que el acuerdo tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la

⁴ “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”

distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de los términos de las propuestas.⁵

Colusión, de acuerdo con su significado natural significa “Pacto ilícito en daño de un tercero”⁶, de manera que lo que se castiga es el pacto para desfavorecer a un tercero⁷

La doctrina ha señalado que de la citada norma es posible clasificar tres clases de colusión, como pasa a analizarse a continuación:

Una primera modalidad, por **distribución de adjudicación en contratos**, la cual ha sido definida así:

“[...] Esta forma de colusión tiene como sujetos las empresas interesadas en presentar propuestas, que de manera acordada acogen entre ellas el agente económico que presentará la mejor propuesta, introduciendo en cada propuesta elementos que la hacen más atractiva, lo que deja sin posibilidad de una verdadera escogencia a la empresa interesada en los servicios⁸”.

Una segunda modalidad, de **distribución de concursos**, según la cual:

“[...] Conforme a la ley de contratación administrativa, cuando el objeto del contrato consiste en estudios o trabajos técnicos o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. Así, el alcance de este supuesto hace referencia particular a

⁵ VELANDIA Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición dominante; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁶ Definición de la Rae: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=colusi%C3%B3n>, fecha de consulta: 7 de noviembre de 2019.

⁷ VELANDIA Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición dominante; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2011, página 157.

⁸ *Ibidem*. Página 158 y 159.

los concursos, con los mismos elementos ya mencionados en lo referente al principio de legalidad⁹”.

Finalmente, una tercera modalidad de **fijación de términos de las propuestas¹⁰**, que surge cuando:

“[...] La conducta que nos ocupa hace parte de aquellas que requieren obligatoriamente la participación de la empresa que pretende adjudicar los contratos. Lo anterior se explica si observamos el contenido del precepto fáctico, pues la conducta restrictiva debe ser desarrollada por la empresa que invita a presentar ofertas a otras. La conducta que se reprime consiste en elaborar unos pliegos que no permiten la igualdad de oportunidades para los posibles participantes, pues por medio de estos puede la licitación estar dirigida para que uno de ellos se vea favorecido. En tal instancia la empresa o la persona encargada de elaborar los pliegos acuerda con uno de los potenciales contratistas la adjudicación del contrato, diseñando en conjunto un pliego que beneficiará al partícipe del acuerdo. Además de ser restrictiva puede llegar a ser desleal”.

a) Por último, se requiere que el acuerdo afecte la libre competencia [...]”. /Resaltados del Tribunal/.

La colusión también es un comportamiento consagrado por la ley penal; al respecto, el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, que introdujo esta conducta en el código de los delitos y las penas, estableció en su tenor literal:

“La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y

⁹ Ibídem. Folio 159.

¹⁰ Ibídem. Folio 159.

multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

(II)

LA CADUCIDAD SANCIONADORA

Retomando el tema litis, la caducidad de la potestad sancionatoria en tratándose de prácticas restrictivas de la libre competencia, aquella está regulada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, que prevé, *ad pedem litterae*:

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

Si bien el Consejo de Estado no ha aludido de manera concreta a este artículo, sí se ha referido a la caducidad de la facultad punitiva, tanto a aquella consagrada de forma genérica en la legislación de lo contencioso administrativo (arts. 52 de la Ley 1437 de 2011 y 38 del derogado Decreto 01 de 1984) como aquellas disposiciones especiales, dejando en claro que como ocurre en el caso sometido a estudio del Tribunal, no existe duda que, en tratándose de conductas continuadas, la caducidad se computa desde el último acto reprochado por la legislación.

Así lo estableció al pronunciarse sobre la caducidad de la facultad sancionatoria en el C.C.A y la Ley 30 de 1992, norma específica del sector de educación superior¹¹:

“...

Los artículos 38 del C.C.A. y 52 de la Ley 30 de 1992, coinciden en disponer que la potestad sancionatoria que ostentan las autoridades administrativas caduca al cabo de tres (3) años. Mientras el primero de los preceptos enunciados señala que su computo empieza el día que haya tenido lugar la ocurrencia de la falta, en el segundo se hace referencia a que la misma debe empezar a partir del “último acto” constitutivo de la misma. Si bien podría decirse en principio que se presenta una contradicción entre ambas disposiciones con respecto al momento a partir del cual debe comenzar el computo del término de caducidad, la Sala considera que aquella en realidad es aparente, pues mientras el artículo 38 del C.C.A. se está refiriendo a aquellos actos constitutivos de falta que se realizan y se agotan en un solo instante, el artículo 52 de la Ley 30 de 1992 está haciendo alusión a aquellos actos sancionables de ejecución continuada. **En todo caso, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en interpretar el artículo 38 del C.C.A. en el sentido de señalar que cuando la conducta constitutiva de la falta se desarrolla no en un único momento sino que se prolonga durante cierto período de tiempo, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto”**
/Destacado de la Sala/.

Y en otro pronunciamiento sobre el fundamento de la caducidad de la facultad sancionatoria, expresó¹²:

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, M.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, 18 de agosto de 2011, radicación número: 11001-03-24-000-2007-00013-00.

¹² Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Enrique Gil Botero, 22 de octubre de dos mil doce (2012) Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

“...

Al igual que los derechos reconocidos a los ciudadanos, las potestades otorgadas a la Administración no son absolutas y por lo tanto deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario. En el ámbito sancionatorio una de las garantías más importantes reconocidas al ciudadano, es precisamente la certeza sobre el carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado. Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la pérdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo. De igual forma, no se puede concebir un poder punitivo indefinido, pues por razones de orden público e interés general, no cumple función preventiva alguna la sanción que se impone en periodos de tiempo prolongados luego de que se ha cometido la infracción, lo cual se acompasa con el carácter mínimo de intervención del ius puniendi. (...) Al igual que ocurre en materia penal, el trascurso del tiempo jurídicamente produce un efecto de estabilización de las situaciones jurídicas, razón por la cual el no ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los límites temporales genera para el ciudadano una posición favorable porque aun cuando sea responsable por incurrir en una infracción administrativa, el legislador deshabilita a los órganos competentes, toda vez que ejercicio del ius puniendi en estas circunstancias generaría una actuación arbitraria”.

Retomando los pormenores del caso, los accionantes RODRIGO LÓPEZ ARANA y DICONULTORÍA S.A. fueron sancionados económicamente por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO por incurrir en la conducta denominada COLUSIÓN, en el marco de la adjudicación del concurso de méritos

para la selección de la interventoría de las obras de construcción del AEROPUERTO DEL CAFÉ, en el municipio de Palestina, Departamento de Caldas.

Conforme se anticipaba por esta Sala al iniciar este apartado, el disenso procesal gravita de manera específica en torno a dos tesis sobre el momento a partir del cual debe contarse la caducidad de la facultad sancionatoria en el caso concreto, ante lo cual, a esta altura del discurso judicial, esta Sala se indaga:

¿En el caso concreto, la caducidad de la facultad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO debe contarse desde el 30 de octubre de 2009, data de la adjudicación del último proceso contractual, o desde el 27 de diciembre de 2013, cuando el contrato fue liquidado?

Para desatar este planteamiento y determinar cuál de las dos posturas debe acogerse, resulta menester tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, pues como se advirtió en precedencia, existen diversas modalidades de colusión que adquieren ribetes particulares en cada proceso contractual. En el sub-lite, es fundamental tomar en consideración que, de acuerdo con lo probado en sede administrativa, la conducta colusoria no solo implicó la adjudicación del proceso contractual de la interventoría, sino la posterior remuneración o materialización de los beneficios económicos entre los agentes colusorios comprometidos.

Así se determinó y se concluyó por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en la investigación /fls. 233-234/:

‘(...) Sobre las contrataciones posteriores relacionadas con el concurso de méritos CM-AAC-001-2009, se resalta lo siguiente:

El 3 de diciembre de 2009 (es decir, casi dos meses después de que las adjudicaciones tuvieran lugar), [REDACTED] (representante legal de los consorcios [REDACTED] y [REDACTED]) celebró un contrato de prestación de servicios con EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE (representante legal de [REDACTED] y de los consorcios [REDACTED] y [REDACTED] para que este último prestara

los servicios de codirector en la interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción del terraplén No. 8 de AEROCAFÉ. La remuneración mensual pactada como contraprestación fue de \$3.000.000100

El mismo 3 de diciembre de 2009, [REDACTED] [REDACTED] (representante legal de los consorcios [REDACTED] y [REDACTED]) -arrendatario-, celebró con [REDACTED] (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, un contrato de arrendamiento sobre la oficina ubicada en la Calle 68 No. 28-29 de Manizales 101 Vale la pena resaltar que la dirección de la oficina objeto del contrato es la misma que fue informada por los consorcios [REDACTED] y [REDACTED] en los concursos de méritos CM- AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009102

Igualmente, el 3 de diciembre de 2009, [REDACTED] [REDACTED] (representante legal de los consorcios [REDACTED] y [REDACTED]) -arrendatario-, celebró un contrato de arrendamiento de un vehículo automotor con [REDACTED] [REDACTED] (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, cuyo valor mensual fue de \$3 600.000103 Este valor resulta relevante ya que es idéntico al informado por [REDACTED] [REDACTED] en la propuesta económica presentada en el concurso CM-AAC-001-2009.

Así mismo, el 3 de diciembre de 2009, [REDACTED] [REDACTED] (representante legal de los consorcios [REDACTED] y [REDACTED]) -arrendatario-, celebró un contrato de alquiler de equipo de laboratorio con [REDACTED] [REDACTED] (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, por un precio total de \$56'500.000104, Este valor también resulta llamativo ya que corresponde exactamente con el costo directo global relativo al rubro "[E]quipos de laboratorio" informado en la propuesta económica de DICO IDT.

Sobre las contrataciones posteriores relacionadas con el concurso de méritos CM-AAC-002-2009, se resalta lo siguiente:

El 15 de diciembre de 2009, se celebró un contrato de arrendamiento de vehículo automotor entre [REDACTED] [REDACTED] (representante legal de los consorcios [REDACTED] y [REDACTED]) -arrendatario-y [REDACTED] [REDACTED] (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE)-arrendador-, el cual sería utilizado en la ejecución de la interventoría técnica del terraplén No. 10. Se resalta que el valor mensual pactado fue de 3'400.000105, el cual es idéntico al informado en la propuesta económica presentada por [REDACTED] en el concurso de méritos CM-AAC-002-2009 respecto del rubro "vehículo"- "valor unitario"100

El mismo 15 de diciembre de 2009, [REDACTED] [REDACTED] (representante legal de los consorcios [REDACTED] y [REDACTED])

■■■■)-arrendatario-celebró un contrato de arrendamiento de un equipo de laboratorio con ■■■■ (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, por un valor de \$30'000.000107, para ser utilizado en la ejecución de la interventoría del terraplén No. 10. Se resalta en este punto que el valor de ese contrato es idéntico al costo total por "[e]quipo de laboratorio" establecido en la oferta económica de ■■■■ presentada al concurso de méritos CM-AAC-002-200910

A partir de las similitudes entre los precios de los contratos celebrados posteriormente y los valores dispuestos en las ofertas económicas de los consorcios, y teniendo en cuenta además las coincidencias en las fechas de firma de tales contratos posteriores, el Despacho concluye que efectivamente se estructuró e implementó una estrategia de colaboración, que abarcó las fases previas, concomitantes y posteriores de la adjudicación de los concursos de méritos adelantados por AEROCAFÉ, y que buscó no solo que cualquiera de los agentes coludidos tuvieran éxito, sino también que pudiera retribuirse efectivamente la colaboración de aquel que no resultara ganador en los correspondientes procesos de selección".
/Destacados del Tribunal/.

Al momento de abordar la descripción típica de la COLUSIÓN, así como la forma de efectuar el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria, esta Sala ya anticipaba que dada su naturaleza, los acuerdos colusorios son de auténtico comportamiento continuado o de tracto sucesivo, pues implican una multiplicidad de actos dirigidos a la afectación del derecho a la libre competencia económica, a partir de la actuación de los agentes económicos quienes, debiendo fungir como competidores en el marco de la contratación pública, se desligan de este carácter para actuar de manera coordinada y contraria a derecho, en perjuicio del aludido bien constitucional. Luego, es diáfano que al ser un comportamiento que no se agota en un único momento, la caducidad de la facultad sancionatoria en materia de colusión se cuenta desde el último acto contrario a las normas de la libre competencia en el mercado.

Partiendo de lo expuesto hasta este punto, no puede entenderse que el acuerdo colusorio en casos como el presente, haya cesado con la adjudicación del proceso de selección de uno de los ofertantes como pretenden prohijarlo quienes integran la parte nulidisciente, pues ello implicaría desconocer que dichas prácticas se prolongan también durante la fase de ejecución contractual,

a través de las subcontrataciones y remuneraciones posteriores que efectúan quienes participaron en la conducta anticompetitiva, como en efecto lo constató en el sub exámine la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, según la cita del apartado investigativo que acaba de realizarse.

De acuerdo con la conceptualización del derecho constitucional a la libre competencia económica incluida al inicio de este segmento de la providencia, uno de sus elementos básicos es la posibilidad que tiene el consumidor final del bien o servicio, de beneficiarse de la competencia por determinado mercado, en este caso, el Estado como contratante es quien puede derivar provecho en materia de calidad de los bienes o servicios ofertados cuando quienes se postulan para contratar lo hacen acudiendo a una dinámica competitiva, que se ve claramente desdibujada o frustrada por la colusión.

Por ende, mal haría en entenderse que el último de los actos colusorios es la adjudicación del proceso contractual, o en otras palabras, que en ese momento cesa la colusión, pues la afectación del postulado de la libre competencia económica se mantiene, como en este caso, durante toda la ejecución del contrato, en la cual el Estado se ve privado de contar con mejores condiciones económicas y de calidad del bien o servicio seleccionado, y paralelamente, el contratista infractor de la ley se beneficia del desarrollo contractual, como también lo hacen los demás concursantes que no fueron seleccionados, pues obtienen la remuneración pactada en el escenario de la colusión, beneficios que desde luego son posteriores a la adjudicación, tal como se demostró en la investigación administrativa.

En este estado de la argumentación, tampoco se ajustaría a la sana lógica concluir que la caducidad de la potestad sancionatoria deba contarse desde la suscripción de los contratos entre los miembros del acuerdo colusorio, que como se advirtió, ocurrió apenas meses después de adjudicarse los contratos de interventoría de las obras de construcción de la terminal aérea. En contraposición, valga afirmar que, si bien dichos acuerdos igualmente se suscribieron en 2009, se materializaron durante toda la fase de ejecución de la interventoría, pues fue allí precisamente donde de acuerdo con las conclusiones de los investigadores, los concursantes incurso en la colusión fueron

subcontratados como codirectores de la interventoría, o como arrendadores de vehículos y oficinas para la firma que resultó adjudicataria.

Visto este contexto, el Tribunal comparte la postura de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, quien, atendiendo a la naturaleza de la colusión, y que esta se proyectó durante todo el desarrollo de los contratos de interventoría, tomó como extremo inicial de cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria el 27 de diciembre de 2013, fecha de liquidación de los contratos de interventoría, por lo que el término de 5 años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, vencía el 27 de diciembre de 2018.

Retomando en este momento los dictados del mandato 27 de la Ley 1340 de 2009 *ejusdem*, con el fin de recordar hasta dónde se extiende o va el término de caducidad de cinco (5) años allí previsto, se tiene como extremo final el 27 de diciembre de 2018, y que dentro de ese lapso no se haya noticiado el acto sancionatorio.

Sin hesitación alguna el acto administrativo sancionatorio, que es el mismo acto definitivo de la actuación disciplinaria adelantada contra los demandantes, es la Resolución N° 85898 emitida el 23 de noviembre de 2018, es decir, lo fue antes de ese 27 de diciembre de ese mismo año que es el extremo final de caducidad, y en cuyo lapso se ha debido también noticiar dicha resolución; y aunque da cuenta el expediente que a pesar de haberse ordenado con el acto sanción la ‘notificación personal’ de dicha actuación, y anunciarse que contra la misma procedía el recurso de reposición “dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación (art. 9°), no hay constancias de ello en el cartulario; sin embargo por la fecha de presentación del recurso horizontal (20 de diciembre de 2018, V. fl 256 supra cdno 1A), se desprende o colige, igualmente sin duda alguna, que la notificación fue realizada así mismo, con anterioridad a aquel 27 de diciembre de tal anualidad, vuelve y se itera, extremo final del término de caducidad, lo que refuerza que la providencia administrativa enjuiciada fue notificada en oportunidad legal, lo que descarta, igualmente se repite, la ocurrencia de la caducidad de la potestad sancionadora.

Mutatis mutandis; la colusión, que se patentiza o materializa con la adjudicación de la licitación, continúa permeando el proceso contractual (delito continuado) hasta que se realiza su liquidación, que es el momento a partir del cual debe tenerse como la cesación de los efectos del acto contrario a los fines de la sana competencia, y donde se rompe todo nexo o vínculo negocial entre los infractores y la administración contratante. Es más, con este criterio se busca proteger o garantizar claros principios de la contratación y de la función administrativa, entre ellos la moralidad, la transparencia y la buena fe, entre otros (arts. 86 y 209 constitucionales; 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993), y sin que sea dable por lo mismo entender, para este caso concreto, que los efectos del acto colusivo culminaron con la adjudicación mencionada, pues la causa remota de aquel es la intención o acuerdo para coludir, y adjudicado y suscrito el contrato allí se materializa, pero sus efectos se extienden inexorablemente durante la ejecución de esta, afectándolo en su contenido; es más, tal situación podría parangonarse con un vicio de nulidad, que el mismo no cesa con la adjudicación sino que se mantiene durante la vigencia del contrato si no es saneable.

Por lo anterior, los cargos de anulación relacionados con la caducidad de la potestad sancionatoria no serán acogidos por esta Sala Plural.

LOS OTROS MOTIVOS DE NULIDAD

Aunque el grueso de argumentos de la parte actora gira en torno a la caducidad de la potestad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, tema ya abordado por este juez plural en el apartado que antecede, resulta menester que, a título de complemento, se refiera el Tribunal a los otros planteamientos esbozados de forma secundaria por los accionantes en el escrito introductor.

En primer término, la parte actora esgrime que los actos demandados también son nulos por cuanto en ellos, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO citó como parte de sus fundamentos una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se plantea que el momento a partir del cual debe comenzar a contarse la caducidad de la facultad sancionatoria es el de la adjudicación del procedimiento de selección del contratista, tesis que

le daría sustento a la postura de los demandantes sobre la ocurrencia de la caducidad en el sub lite, y que fue desconocida por la superintendencia, pese a citar dicha providencia en la parte motiva de los actos sometidos a juicio de legalidad.

Sobre el particular, baste con indicar, que si bien en los actos demandados, así como en el informe presentado por la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO se aprecia la mención de dicho pronunciamiento judicial /fls. 165-167, 234/, su texto completo se desconoce, en la medida en que no fue aportado, por lo que no puede determinarse en esta instancia judicial el alcance de los hechos abordados en esa oportunidad y, principalmente, si el fundamento fáctico en uno y otro caso guardan realmente tal similitud, que se impusiera la aplicación de idéntica regla de derecho, como lo pretende la parte actora.

Además de ello, no ha de perderse de vista que aun cuando este tipo de pronunciamientos ostentan importancia como guía de las autoridades administrativas, no se trata de una sentencia proferida por el Consejo de Estado en sede de unificación, a partir de la cual pueda predicarse la existencia un criterio interpretativo obligatorio para dichas autoridades, en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, y por ende, la sola existencia de una sentencia de un tribunal seccional en un caso presuntamente similar no puede erigirse por sí sola como sustento válido y suficiente de respaldo a la tesis de la accionante, como tampoco como motivo de nulidad de los actos demandados.

A modo de complemento, tampoco es cierto que a partir de la postura asumida por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO sobre el cómputo de la caducidad de su potestad sancionatoria, esa entidad haya desconocido su propia interpretación, pues en sus conceptos, la demandada ha reconocido que una de las posibilidades de ocurrencia de la colusión, radica en que esta se extiende hasta la fase de ejecución del contrato, tal como lo sostuvo a lo largo de la actuación administrativa que culminó con los actos demandados.

Como muestra de ello, así lo expresó en concepto de 27 de septiembre de 2017, que puede consultarse en el sitio web de la entidad¹³:

“...

Así las cosas, las conductas colusorias pueden darse (i) durante la etapa de elaboración de los pliegos de condiciones cuando existe intercambio de información entre los funcionarios de la entidad y los futuros proponentes; (ii) durante la presentación de ofertas, presentando ofertas que no tienen posibilidad de obtener adjudicación, acordando la abstención de uno o más competidores o el retiro de las ofertas, acordando turnos para ganar o repartiéndose el mercado o las zonas geográficas; y (iii) **durante la ejecución del contrato, recurriendo a técnicas como la subcontratación, para vincular a los demás postulantes que no fueron escogidos** o la utilización de la figura de la cesión del contrato, por ejemplo.

Luego, la configuración de la conducta descrita puede presentarse cuando exista un acuerdo, contrato, convenio, concertación o práctica concertada, que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o que tenga como efecto la distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas, que puede probarse por cualquier medio de prueba señalado en la Ley” /Resalta el Tribunal/.

Otro de los raciocinios en los que los accionantes fundamentan sus pretensiones de anulación de la sanción económica que les fue impuesta, radica en que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO no acreditó los elementos de la prueba indiciaria con base en los cuales sancionó a los investigados, incurriendo en una falsa motivación por error de hecho. De este modo, los accionantes acusan la interpretación de la superintendencia de subjetiva, y sobre los testimonios de los señores [REDACTED] y [REDACTED], afirman, *‘se trata de prescripciones inducidas y acomodadas a los supuestos hechos de existencia de colusión’* /fl. 32/, que, a su juicio, tampoco ostentan el mérito que demuestre la conducta objeto de sanción.

Para la Sala, este punto cae en el vacío por 2 razones. Primera, por cuanto se limita a introducir calificativos a los dichos de los testigos cuya declaración se

¹³ <https://www.sic.gov.co/boletin-juridico-octubre-2017/que-es-la-colusion>

recaudó en sede administrativa, sin que se acredite que, efectivamente, sus aseveraciones fueron inducidas o acomodadas como se afirma en la demanda, o se ofrezcan elementos de juicio concretos que permitan dilucidar que la hermenéutica que les brindó la entidad demandada fue caprichosa, arbitraria o desprovista de cualquier lógica o razonabilidad. En segundo término, tal como lo anotara la superintendencia en su escrito de contestación, no es jurídicamente válido cuestionar la legalidad de un acto administrativo sancionatorio a partir de las críticas a un medio de prueba de manera aislada, más aún cuando las decisiones sancionatorias no se fundamentaron exclusivamente en indicios, por el contrario, se basaron en documentos y testimonios de los implicados en el acuerdo colusorio, por lo que el análisis de la existencia de la conducta y su responsabilidad, atienden al estudio integral de los medios de convicción recaudados, y no a un instrumento de acreditación de que de forma insular pretende reprocharse en sede judicial con base en simples afirmaciones.

Lo propio ha de concluirse de la supuesta vulneración al debido proceso por la supuesta incongruencia entre la imputación y la valoración de las pruebas, respecto a la cual la parte actora, luego de citar las normas que fundamentaron la sanción, precisa que dichas disposiciones no consagran los pagos de tracto sucesivo como conducta sancionable, aseveración que también se halla desprovista de un sustento suficiente, pues lo que fue materia de investigación y posterior multa fueron los acuerdos de colusión en el marco de los procesos de selección de los interventores de varios terraplenes del proyecto AEROCAFÉ, conductas que sí se hallan consagradas en el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992 como sancionables, según se desprende de la conceptualización efectuada por la Sala en el anterior problema jurídico.

De esta forma, no puede confundirse el comportamiento sancionado por la ley, en este caso la colusión, con su carácter de conducta continuada o de tracto sucesivo, para sostener que no se encuentra tipificada en la norma como comportamiento contrario a la libre competencia económica, interpretación que a todas luces resulta descartada ante la diáfana redacción del tipo sancionatorio.

Finalmente, tampoco encuentra la Sala que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO haya desatendido el mandato previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por no individualizar la conducta de cada uno de los investigados, afirmación que nuevamente contrasta con el contenido de las declaraciones administrativas demandadas, en las que en el caso de los demandantes, existe un apartado en el que la entidad accionada analiza de forma individual el comportamiento de [REDACTED] /v. numeral 8.1.2.2, fl. 243/, y de [REDACTED] /v. numeral 8.2.1.1, fl. 245/ que mereció la imposición de la sanción.

Por ende, al igual que ocurre con las supuestas infracciones al debido proceso, esta aseveración no pasa de ser un reproche sin sustento probatorio.

En conclusión, al hallar imprósperos los argumentos planteados por los nulidiscuentes, se denegarán sus pretensiones.

COSTAS

Se condenará en costas a los demandantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el canon 47 de la Ley 2080 de 2021.

Como agencias en derecho se fija el 3% del total de las pretensiones, a cargo de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor

■■■■■ y la sociedad ■■■■■■ ■■■■ contra la
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

COSTAS a cargo de la **parte demandante**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

FÍJASE como agencias en derecho el 3% del total de las pretensiones, también a cargo de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2023



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

Aclara el voto



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado