

Bogotá D.C.

60

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 20-362448- -6-0 FECHA: 2021-01-14 11:52:22
DEP: 60 GRUPO DE TRABAJO DE GESTIÓN EVE: 362 DEMANDA
JUDICIAL
TRA: 182 PROCECONTEN FOLIOS: 12
ACT: 343 CONTESEMANDA

Honorable Magistrado
AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No.:	170012333000-2019-00547-00
Actos Administrativos:	Resoluciones No. 85898 del 23 de noviembre de 2018 y 3008 del 11 de febrero de 2019
Demandantes:	EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE; LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE; ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA; CASTRO FLÓREZ S.A.S.; CDC INGENIERÍA S.A.S.; e INGENIERÍA, DESARROLLO Y TECNOLOGÍA S.A.S. – IDT S.A.S.
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Asunto:	Contestación de la demanda

Honorables Magistrados,

Yo, **DIEGO ALFONSO MATIZ HURTADO**, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.010.217.093 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 289.071 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado especial de la Superintendencia de Industria y Comercio, según el poder que anexo al presente escrito, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), me permito **CONTESTAR** la demanda de la referencia en los siguientes términos.

I. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN

De conformidad con lo señalado en los artículos 172 y 199 del CPACA, este escrito de contestación se presenta de forma oportuna, teniendo en cuenta que: (i) el Auto admisorio de la demanda fue notificado a la **SIC** el **30 de septiembre de 2020**, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197¹ del CPACA; (ii) el término común de los 25 días, señalado en el inciso 4^o del Artículo 199 *ibídem*, **venció el 6 de noviembre de 2020**; y (ii) por lo tanto, el término de traslado de la demanda por 30 días, señalado en el artículo 172³, inició el **9 de noviembre de 2020** y, teniendo en cuenta el periodo de vacancia judicial, **finaliza el 14 de enero de 2021**⁴.

¹ "(...) Las entidades públicas de todos los niveles (...) **deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales. Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico.**" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

² "(...) En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al **vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación (...)**". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

³ "(...) **De la demanda se correrá traslado al demandado (...) por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción.**" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

⁴ A raíz de la suspensión mencionada en el numeral 2.

II. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEMANDADA

Se trata de la Superintendencia de Industria y Comercio, Entidad pública de carácter técnico del nivel nacional, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y que conforme el artículo 71 de la Ley 1151 de 2007, posee personería jurídica y autonomía administrativa y presupuestal; Representada legalmente por el Superintendente Andrés Barreto González y domiciliada en la Carrera 13 No. 27-00 de la ciudad de Bogotá D.C.

Esta Entidad es competente, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, para:

“velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

Así mismo, conforme con el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁵, el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función:

“[V]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”

En el mismo sentido, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que *“la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas”.*

En consecuencia, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido *“conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia”.*

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 11 y 12 del artículo 3 del mismo Decreto, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁶, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes a personas jurídicas y naturales por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección a la competencia; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Manifiesto que me **OPONGO** a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dado que estas carecen de sustento fáctico, jurídico y

⁵ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

⁶ modificado por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009

probatorio, como se demostrará en el presente escrito y se probará a lo largo del proceso.

IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

Procederé a contestar los hechos de la demanda en el mismo orden en que fueron propuestos por los Demandantes. No obstante, como en la demanda los hechos se enumeran de forma reiterativa (la numeración se repite tres veces), a continuación, se harán algunas aclaraciones:

HECHOS DEL 1 AL 5: Los primeros cinco (5) hechos, que hacen referencia única y exclusivamente al proceso de Selección LAP-AAC-001-2009 y las fechas en las cuales se desarrolló, son ciertos.

HECHOS DEL 1 AL 4 (SEGUNDA PARTE): Estos primeros cuatro (4) hechos de la segunda numeración, que hacen referencia única y exclusivamente al proceso de Selección CM-AAC-002-2009, son ciertos.

HECHO 5 (SEGUNDA PARTE): No es un hecho. Es una apreciación subjetiva del apoderado de los Demandantes, que además contradice abiertamente la teoría económica del Derecho de la Competencia, la Ley y la lógica. Como se explicó de forma transparente y reiterada en el proceso sancionatorio, un acuerdo colusorio no puede de ninguna manera asemejarse a un acuerdo de precios (reglado en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153). El acuerdo colusorio que fue reprochado por esta Superintendencia está configurado por el mecanismo fraudulento que utilizaron los sancionados para lograr conseguir la adjudicación de los contratos de forma ilegal.

HECHOS DEL 1 AL 3 (TERCERA PARTE): Estos primeros tres (3) hechos de la tercera parte, que hacen referencia única y exclusivamente a las fechas dentro del proceso administrativo sancionatorio, son ciertos.

HECHO 4 (TERCERA PARTE): No es un hecho. Es una apreciación subjetiva del apoderado de los Demandantes, que además fue desestimada en el proceso sancionatorio, como también se hará en este proceso.

HECHO 5 AL 9 (TERCERA PARTE): Son ciertos.

V. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA

A continuación, haré un breve recuento de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar a la imposición de una sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, para posteriormente pronunciarme sobre los cargos específicos de la demanda.

5.1 CUESTIÓN PREVIA

Las Resoluciones que se encuentran demandadas tuvieron como origen la denuncia presentada por el ciudadano **FRANCISCO MURCIA**, quien manifestó la posible ocurrencia de una conducta colusoria en los procesos de selección **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009**, adelantados por **AEROCAFÉ** para la adjudicación de contratos de interventoría de algunos de sus terraplenes.

La denuncia se fundamentó en un artículo de prensa del 19 de agosto de 2010, publicado en el diario **LA PATRIA**, en el que se hacían señalamientos a varias empresas que fueron sancionadas en los actos administrativos que se discuten, relacionados con los procesos de selección adelantados por **AEROCAFÉ**.

Por este motivo, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia decidió iniciar una averiguación preliminar en aras de recaudar material probatorio que pudiera esclarecer los hechos motivo de la denuncia.

La averiguación preliminar dio origen a la expedición de la Resolución No. 20396 del 30 de marzo de 2012 (en adelante la “Resolución de Apertura”), mediante la cual se ordenó la apertura de una investigación y formuló pliego de cargos en contra de los Demandantes, entre otros, para determinar si incurrieron: (i) en un acuerdo colusorio en los procesos de selección **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009** adelantados por **AEROCAFÉ** en un comportamiento violatorio del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; y (ii) en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959).

Posteriormente, mediante las Resoluciones No. 47701 del 14 de agosto de 2013 y 87416 del 5 de noviembre de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados y rechazó otras. Así mismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

Una vez practicada las pruebas decretadas y surtida la etapa de alegaciones finales, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el 26 de octubre de 2017, remitió un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio. En el informe, recomendó declarar responsable y sancionar, entre otras personas, a **CASTRO FLÓREZ S.A.S.**; **CDC INGENIERÍA S.A.S.**; e **INGENIERÍA, DESARROLLO Y TECNOLOGÍA S.A.S. – IDT S.A.S.** por incurrir en el comportamiento descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y a **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**; **LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE**; y **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** (en adelante conjuntamente todos como los “Demandantes”) por incurrir en la responsabilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Luego de que las personas jurídicas y naturales vinculadas a la investigación presentaron sus observaciones al informe motivado, el Superintendente profirió la Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018 (en adelante la “Resolución Sancionatoria”), mediante la cual decidió sancionar a **DICONSULTORÍA S.A. (en adelante DICONSLTORÍA)**, **INGENIERIA DESARROLLO Y TECNOLOGIA IDT S.A.S (en adelante IDT)**, **CASTRO FLOREZ S.A.S (en adelante CASTRO FLÓREZ)**, **CDC INGENIERÍA S.A.S (en adelante CDC)**, **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, así como a las siguientes personas naturales vinculadas con algunos de los agentes de mercado: **RODRIGO LÓPEZ ARANA**, **ÓSCAR ALBERTO MANJON ALMEIDA** y **LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE**.

La Superintendencia concluyó que se encuentra plenamente demostrado la existencia de un acuerdo colusorio creado y ejecutado por los consorcios **DICO IDT** y **PALESTINA 8**, **DICO IDT 2** y **PALESTINA 10**, que se materializó en los procesos de selección bajo la modalidad de concurso de méritos, adelantados por **AEROCAFÉ** y que se extendió más allá de su adjudicación. En virtud de tal acuerdo, los agentes del mercado coordinaron su comportamiento antes, durante y después de que dichos procesos de selección tuvieran lugar, con el propósito de aumentar las probabilidades de resultar adjudicatarios y retribuir, mediante contrataciones posteriores, a aquel agente que no resultara ganador. Este sistema dio frutos para los sancionados, entre ellos los Demandantes, pues los contratos fueron adjudicados a los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2** y luego se implementaron

contrataciones posteriores que beneficiaron al Representante Legal de los consorcios competidores **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**.

Una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, las personas jurídicas y naturales sancionadas interpusieron recursos de reposición contra el acto administrativo. Estos recursos se resolvieron mediante Resolución No. 3008 del 11 de febrero de 2019 (en adelante la “Resolución Confirmatoria”) que confirmó en todas sus partes la Resolución sancionatoria. Por lo tanto, las sanciones pecuniarias impuestas por la Superintendencia en este caso concreto quedaron así:

AGENTES DE MERCADO		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	DICONSULTORÍA	\$306.246.864
2	IDT	\$113.280.090
3	CASTRO FLÓREZ	\$200.779.194
4	CDC	\$150.779.706
5	JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA	\$31.249.680
6	EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE	\$105.467.670
PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON LOS AGENTES DE MERCADO		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	RODRIGO LÓPEZ ARANA (vinculado con DICONSULTORÍA)	\$93.749.040
2	ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA (vinculado con IDT)	\$167.967.030
3	LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE (vinculado con CDC)	\$54.686.940

5.2 FRENTE A LOS CARGOS DE VIOLACIÓN

Una vez aclarado lo anterior, procederé a pronunciarme sobre todos y cada uno de los cargos específicos presentados en el escrito de demanda, y demostraré que todos ellos carecen de fundamento.

5.2.1 FRENTE A LA SUPUESTA AUSENCIA DE COMPETENCIA TEMPORAL

Los Demandantes alegan que la Superintendencia ya no contaba con la facultad sancionatoria al momento de expedir las Resoluciones Atacadas, por haber transcurrido más de 5 años desde la ejecución de la conducta. Concluyeron que, cualquiera sea el hito que se tome para contar la caducidad, la inevitable conclusión es que caducó la facultad sancionatoria. A continuación, expondré por qué la interpretación de los Demandantes es errada.

El artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 indica lo siguiente:

“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.”

Así las cosas, la caducidad de la facultad sancionatoria tiene dos formas distintas de operar - relativa al momento en el que empieza a correr el tiempo –dependiendo de si se trata de una conducta de tracto sucesivo o de una conducta de aquellas que se realizan y consuman en un mismo momento.

Para el caso que nos ocupa, es claro que la conducta fue de tracto sucesivo, pues se configuraron los elementos que el Consejo de Estado ha establecido para que esto ocurra, es decir “*pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configura la conducta descrita en la Ley como sancionable*”⁷. Como se probó en las Resoluciones Atacadas, la conducta anticompetitiva de los Demandantes no se configuró en un solo momento, sino que se prolongó a lo largo del tiempo a través de un sistema tendiente a limitar la libre competencia. A través de este método, los Demandantes se presentaron a diversos procesos de contratación pública de manera coordinada, pero aparentando independencia. Se presentaban como competidores cuando en realidad actuaban en conjunto. Este método les permitió conseguir la adjudicación de los procesos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009** adelantados por **AEROCAFÉ** y, de hecho, la conducta y el sistema implementado para ejecutar la colusión en los procesos contractuales, no terminó con la adjudicación del contrato. Como se probó en el proceso, a partir de la adjudicación, los Demandantes suscribieron una serie de contratos que pretendían compensar a los demás miembros del cartel por su participación.

Es por esto que, además de ser una conducta de tracto sucesivo, la ilicitud de esta también se materializó en efectos concretos: los participantes del acuerdo colusorio consiguieron la adjudicación de los contratos. En este sentido, es importante explicar cómo, según el Consejo de Estado, se tipifica la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

“(…) claramente el ordenamiento jurídico colombiano dispone herramientas tanto para su promoción, como para la prevención y sanción de prácticas que restrinjan este derecho para quienes tengan interés legítimo en la adjudicación de un negocio jurídico con una entidad pública. En efecto, el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 47 [numeral 9] consigna como conducta reprochable los acuerdos contrarios a la libre competencia.

*De lo anterior se desprende que **la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en i) la fijación del acuerdo colusorio, ii) el propósito de alterar el proceso de selección contractual, manifestado a través de acciones de los concordantes tendientes a obtener el fin deseado, y iii) el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la adjudicación final del contrato, efectos lesivos que incluso se extienden en su ejecución.***⁸ (Negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, tal y como lo reconoce el Alto Tribunal, es evidente que, en ciertos casos, la conducta contraria a la libre competencia se tipifica con los efectos nocivos que produce, tanto para el mercado como para el proceso contractual. Estas situaciones afectan la adjudicación final del contrato y tienen efectos lesivos que se extienden en su ejecución y, en consecuencia, solo cesan con la liquidación del contrato estatal.

⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 2 de julio de 1999, C.P Daniel Manrique Guzmán.

⁸ *Ibidem*.

En el presente caso se demostró la existencia de un acuerdo colusorio en el que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, coordinaron la estructuración de las ofertas y **extendieron su conducta incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados.**

En ese orden de ideas, la Resolución Sancionatoria no se equivocó al considerar que las conductas de colusión como las que aquí se sancionan son continuadas o de tracto sucesivo y que se prolongan hasta la declaratoria de desierto del proceso de selección, hasta la adjudicación a un tercero que no haga parte del cartel, o hasta la liquidación del contrato respectivo, **dependiendo de si resulta exitosa la estrategia de los infractores (como en este caso) o no**, tesis que incluso ya ha avalado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁹.

Ahora, una vez establecido que la naturaleza de la conducta es de tracto sucesivo, es importante considerar lo que la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha decantado al respecto. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en constante y uniforme jurisprudencia ha sostenido:

*“El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria (...) sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde **se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación.**”¹⁰*
(Negrilla fuera del texto original)

Así, el análisis de esa Corporación ha sido uniforme en indicar que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, sino desde el momento en que cesa la conducta, **que en el presente caso fue la liquidación del contrato estatal que precisamente fue adjudicado a los proponentes coludidos.**

Sobre el particular, debe indicarse que, tal y como se ha establecido en casos precedentes¹¹, es necesario tener en cuenta que las conductas anticompetitivas como las que se sancionaron en este caso no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas, sino que se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública y su posterior ejecución una vez adjudicado.

Aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas o del interés de participar o de las observaciones, sin que el mantenimiento de su participación o la interacción con la Entidad pública de los Demandantes constituya la continuidad de su conducta, llevaría a desconocer que la presentación coordinada de una propuesta sigue constituyendo un comportamiento restrictivo y generando efectos en tanto se perpetúe la participación, especialmente en casos como el aquí analizado, en el que se actuaba conjuntamente desde la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas e **incluso durante la fase de ejecución de los contratos objeto de estudio.** De modo que los argumentos dirigidos a señalar que la caducidad debe contarse a partir del acto de adjudicación no son de recibo y resultan improcedentes.

⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 02144 00. En dicha providencia, al analizar un acuerdo colusorio en que se declaró desierto el proceso de selección se consideró que: *“(...) la conducta fue permanente y continuada, debiendo contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria a partir de la realización del último acto de ejecución de la falta (...)”*.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, en la actuación administrativa quedó acreditado que la colusión que llevaron a cabo los Demandantes se configuró por una serie de comportamientos que se prolongaron hasta mucho más allá del momento de la adjudicación de los contratos materia de investigación. Muestra de ello son las negociaciones que se celebraron después de ese momento con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**), las cuales implicaron la realización de pagos compensatorios por parte de los consorcios ganadores en favor de este último. Pues bien, no cabe duda de que los pagos realizados en estas subcontrataciones posteriores fueron hechos por cuenta del contrato obtenido fraudulentamente con ocasión de la colusión, por lo cual representan indefectiblemente una continuación del actuar ilegal, o en palabras del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, son efectos lesivos que se extendieron en su ejecución.

Teniendo en cuenta que el esquema de compensación fijado en la estrategia colusoria abarcó la etapa de ejecución de los contratos, es aún más claro que solo hasta después de su correspondiente liquidación –en la que cerraron cuentas la entidad contratante y el agente colusor adjudicatario– cesó la conducta y empezó a correr el término de caducidad en cuestión. Considerando que, en este caso, tal hecho tuvo lugar el 27 diciembre de 2013, solo a partir de ese momento puede contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

De otra parte, debe indicarse que el argumento de los Demandantes según el cual reiteradas sentencias del Consejo de Estado han dicho que, en materia de protección de la competencia, las entidades administrativas tienen un plazo máximo de 5 años para expedir, notificar y resolver los recursos es falso y resulta refutado por el propio artículo 27 de la Ley 1340 de 2009:

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

Adicionalmente, si existiera algún vestigio de duda al respecto, basta con señalar que existe una sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, incluso reiterada en 2014, que sobre el particular considera:

“(…) la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 29 de septiembre de 2009, aunque se refirió a la prescripción de la facultad sancionatoria de la Procuraduría, acogió la tesis según la cual, la facultad sancionatoria se entiende ejercida dentro del plazo de prescripción si se expide y notifica el acto sancionatorio inicial, que no incluye los actos que resuelven los recursos ni la notificación de los mismos. Mutatis mutandi, para el caso del artículo 38 del C.C.A. no se requería que en el plazo de los tres años los actos que imponen la sanción queden ejecutoriados. (...)”¹². (Negrilla fuera del texto original).

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 1º de octubre de 2014. Rad. No. 250002324000 2007 00081 01.

Como puede observarse, la propia Ley 1340 de 2009 dispone que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia se entiende ejercida dentro del plazo de caducidad si se notifica el acto administrativo sancionatorio y, en línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha considerado que no incluye los actos que resuelven los recursos ni la notificación de estos. En este orden de ideas, debe concluirse que la actuación, interpretación y fundamentación de esta Superintendencia en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia sobre la materia, por cuanto se ejerció la potestad punitiva dentro del término que la ley fija para tal propósito.

5.2.2 FRENTE A LA SUPUESTA FALSA MOTIVACIÓN

Los Demandantes alegan que la Superintendencia incurrió en falsa motivación porque, a su parecer, es imposible que en procesos *“en donde lo que importaba en un 50% de forma decisoria para la adjudicación de los contratos fuera la experiencia total del equipo de trabajo, fuera posible realizar acuerdos de colusión”*.

Como se aclaró en el proceso administrativo, para que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma jurídica que tome dicho pacto. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de *“acuerdo”* contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como *“[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”*.

En otras palabras, se censura que la elección va a realizarse en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes participantes no van a competir y el Estado escogerá la propuesta que en forma simulada se construyó para él y no aquella que un libre mercado en condiciones de competencia le puede ofrecer. Así ocurrió en este caso, pues existió un acuerdo colusorio en el que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas y que se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados.

Y es que como lo ha indicado esta Entidad en anteriores ocasiones, *“[c]abe resaltar que cualquier forma de acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales o jurídicas) que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo las normas de competencia, sino también las normas que regulan la contratación estatal”*¹³.

Como puede apreciarse, la alteración de las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado es una conducta que vulnera las normas que regulan la contratación pública y, así mismo, está proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Esta norma se caracteriza por su flexibilidad en la adecuación típica, como cualquier otra infracción administrativa. Esto es así, entre otras razones, debido al posible, y a veces constante, cambio normativo en materia de contratación estatal y al carácter dinámico que experimentan los diferentes mercados.

De modo que aceptar la tesis de los Demandantes en relación con que la descripción típica censurada no podía encuadrarse o tipificarse en un proceso de selección bajo la modalidad de selección de concurso de méritos, en razón a su normatividad y características, sería tanto como aceptar que la competencia no tendría lugar en dicho escenario y que los proponentes podrían coordinar a su antojo

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 de 2012.

el proceso de selección y distorsionar las condiciones de competencia o, más inaceptable aún, que la infracción contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹⁴ perdió vigencia al año siguiente de su promulgación con la posterior expedición, en ese entonces, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, lo cual es absolutamente inadmisibles.

Semejante planteamiento es a todas luces infundado, ya que la descripción típica de las infracciones administrativas, dada su textura abierta y su flexibilidad, permite su actualización debido a la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.

En este sentido, llama la atención en que el encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, “licitaciones o concursos”, sino que, por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos colusorios que tengan por objeto o efecto falsear la libre competencia, sin importar la modalidad de selección de que se trate. Tan es así que en otras ocasiones esta Entidad ha sancionado acuerdos colusorios realizados en procesos bajo la modalidad de selección abreviada¹⁵.

De esta forma, los acuerdos colusorios que se presenten en la modalidad de selección de concursos de méritos o cualquier otra modalidad en que sean posibles condiciones de libre competencia, y cuando quiera que esta se obstruya, restrinja o distorsione, como el sancionado en el presente caso, sin lugar a duda, serán reprochables y sancionables por esta Superintendencia.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

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

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

¹⁴ Cuando se expidió el Decreto 2153 de 1992 se encontraba vigente materia de contratación estatal el Decreto 222 de 1983 “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 53991 de 2012, 40875 de 2013 y 53914 de 2013.

libre competencia y la libre concurrencia (...)¹⁶. (Negrilla fuera de texto original).

Por lo expuesto previamente, el argumento presentado por los Demandantes resulta absolutamente improcedente. Además, desconoce abiertamente que para la administración existe un mayor grado de flexibilidad para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito; tanto así que el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta admisible, contrario a lo que ocurre en materia penal. Además, el planteamiento de los Demandantes pasa por alto el principio “del efecto útil de las normas”, según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias.

De otra parte, es importante advertir que, según la Resolución de Apertura, la imputación tanto fáctica como jurídica se fundamentó inequívocamente en la descripción típica prevista en el **numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992**. Al respecto se dijo que:

“Al tenor del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia los 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.”

En ese orden de ideas, en relación con la naturaleza del comportamiento imputado a los Demandantes, es importante precisar que, según el contenido de la disposición citada y lo establecido por la jurisprudencia, la conducta es típica, pues configura en totalidad la prohibición contenida en esa normatividad.

5.2.3 FRENTE A LA SUPUESTA VULNERACIÓN AL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA

Los Demandantes alegan que la Superintendencia vulneró su derecho de audiencia y defensa por no haber analizado los argumentos presentados. En particular, se refieren a una ausencia de análisis sobre la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria.

Para desestimar este argumento, basta con leer las Resoluciones Atacadas. En ambos actos administrativos, y a lo largo de más de 120 páginas, se desarrollaron y decantaron los argumentos presentados por cada uno de los Demandantes. La estructura de las Resoluciones permite ver que en un principio se sintetizan los argumentos de los Demandantes, para después explicar por qué son desestimados. Por lo tanto, es obvio que la Superintendencia sí analizó todos y cada uno de los argumentos que se presentaron en el proceso.

Ahora bien, sobre el argumento particular de la supuesta caducidad, el Honorable Despacho podrá comprobar que fue ampliamente desarrollado y desestimado en el numeral 7.5.6. de la Resolución Sancionatoria (Hoja 44), así como en el numeral 4.6. de la Resolución Confirmatoria (Hoja 55).

¹⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.



5.2.4 FRENTE A LA SUPUESTA DESVIACIÓN DE PODER

En su último argumento, los Demandantes alegan que se incurrió en el vicio de desviación de poder. No obstante, esta sección está compuesta por una simple y vaga afirmación, que de ninguna manera explica de qué forma, cómo o por qué los Demandantes consideran que existió una desviación de poder. En este aparte de la demanda no existe un solo argumento que se haya desarrollado, y en consecuencia es imposible contestarlo o responderlo. Por lo tanto, solicito a su Despacho que desestime este cargo y esta sección de la demanda, que no dice absolutamente nada y bien podría considerarse como inexistente o desierta.

VI. PRUEBAS

Con el fin de acreditar lo que se ha expuesto a lo largo de la presente contestación a la demanda, me permito solicitar a su Honorable Despacho que, en el momento procesal pertinente, se disponga a decretar y practicar las siguientes pruebas:

- **Documentales**

Que se decreten como pruebas documentales las obrantes en el expediente administrativo con radicado No. 11-12476 y compartido por medio electrónico con este mismo escrito.

VII. ANEXOS

- Poder especial con sus respectivos anexos

VIII. NOTIFICACIONES

La autoridad administrativa demandada:

La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y su Representante Legal reciben notificaciones en el correo electrónico: notificacionesjud@sic.gov.co

El suscrito:

Las recibiré en el correo electrónico: c.damatiz@sic.gov.co

Del Honorable Magistrado, con todo respeto,



DIEGO ALFONSO MATIZ HURTADO

C.C. 1.010.217.093 de Bogotá D.C.

T.P. 289.071 del C. S. de la J.