

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 40901 DE
2012 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso INPEC

*Colusión en Licitaciones Públicas
(Numeral 9º Artículo 47 Decreto 2153 de 1992)*

Investigados:

Jairo Maya Salazar, Calixto Vega Navarro y María Mercedes Bohórquez

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

Índice

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	4
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	4
4. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA	5
4.1 SOBRE LA CONDUCTA INVESTIGADA	5
4.2 SOBRE EL CASO CONCRETO	5
5. DECISIÓN	6
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	6

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 40901 DE 2012 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Caso INPEC

***Colusión en Licitaciones Públicas
(Numeral 9º Artículo 47 Decreto 2153 de 1992)***

Investigados:

Jairo Maya Salazar, Calixto Vega Navarro y María Mercedes Bohórquez

Por:

Alfonso Miranda Londoño¹

1. Introducción

En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), a través de la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la Delegatura), abrió investigación en contra de tres (3) personas naturales para determinar si se habrían coludido en licitación públicas, contraviniendo lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, teniendo en cuenta las quejas presentadas ante la Superintendencia tanto por parte del INPEC (quien desarrollaba el proceso de selección) como por uno de los otros participantes, donde se mostraban ciertas coincidencias en varios ítems de las propuestas de los investigados.

Este resulta ser un caso relevante para analizar la conducta de colusión en licitaciones públicas tanto por el análisis que hace la SIC de esta conducta como se verá más adelante, como por el hecho de que sean personas naturales, y no jurídicas, las investigadas por vulnerar directamente las normas de libre competencia mas que por vulnerar las normas

¹Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “Non Governmental Agent – NGA” de Colombia, ante el “International Competition Network – ICN” entre el 2012 y el 2016 y del 2019 hasta la fecha. Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

de responsabilidad de las personas naturales².

2. Conductas imputadas

La Delegatura abrió investigación en contra de Jairo Maya Salazar, Calixto Vega Navarro y María Mercedes Bohórquez por presuntamente haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2163 de 1992 (colusión en licitaciones públicas), las cuales establecen que:

“Artículo 47 – Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia. 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.”

Lo anterior, en el marco de la Licitación Pública 001 de 2011 (en adelante la Licitación) adelantada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

3. Consideraciones de la Delegatura

Luego del análisis del material probatorio respectivo, la Delegatura presentó el Informe Motivado en el cual recomendó declarar administrativamente responsables, y en consecuencia sancionar, por haber vulnerado lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 a las tres (3) personas investigadas. Para llegar a esta conclusión, la Delegatura tuvo en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, analizó la Delegatura que el cambio en la estructura de los Pliegos de Referencia de la Licitación 001 de 2011, en comparación con los de procesos anteriores, permitía e incentivaba que más competidores participaran del proceso teniendo en cuenta la manera en que se calculaban las propuestas económicas y se adjudicaban los ítems de la Licitación.

De igual manera, la nueva manera de adjudicar la Licitación (por media aritmética) generaba incertidumbre entre los participantes al no depender solo de su propuesta sino al haber dos factores desconocidos que afectaban la adjudicación (valor de la propuesta de los demás participantes y número de participantes). Incertidumbre que, en consideraciones de la Delegatura, podría fomentar la realización de acuerdos colusorios por parte de algunos proponentes para mitigar dicha incertidumbre.

² Numeral 16, Artículo 4, Decreto 2153 de 1992.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1 Sobre la conducta investigada

La Superintendencia establece que la norma proscribire todos los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la colusión en licitaciones publicas, con lo cual no se requiere que efectivamente se produzcan los efectos, sino que el solo acuerdo que tenga como objeto dicha colusión se encuentra prohibido.

Por otro lado, reconoce la SIC que uno de los mecanismos más comunes para la colusión en licitaciones públicas es el de la asignación de mercados y presentación de propuestas complementarias. En este sentido, en la primera se presentan las propuestas de tal manera que se reparta la adjudicación por zonas geográficas o mercados en concordancia con lo que acuerden previamente los miembros del cartel. En cuanto a la segunda modalidad, los cartelistas se ponen de acuerdo en cual de ellos idealmente ganará la licitación y de esta manera los demás presentan propuestas que no tienen como finalidad resultar ganadores sino favorecer al miembro elegido como ganador entre ellos.

Habiendo hecho un análisis somero sobre el contexto de la conducta, procedió la SIC a analizar el caso concreto y la conducta investigada.

4.2 Sobre el caso concreto

En primer lugar, analizó la autoridad que el comportamiento de las investigadas en la fase precontractual de la Licitación fue coincidente y da ciertas luces sobre el comportamiento colusorio de los investigados. En este primer punto, encontró la autoridad lo siguiente:

- Se encontraron coincidencias prácticamente idénticas en las observaciones presentadas por los investigados a los Pliegos de Condiciones. Las coincidencias encontradas por la SIC.
- Los investigados resultaron adjudicatarios de los segmentos correspondientes a los centros penitenciarios a los cuales habían visitado, pero no resultaron adjudicatarios de los centros que no visitaron. De igual manera encontró la autoridad que en los centros en los que no ganaron, fue precisamente donde cada investigado presentó una propuesta económica inusualmente baja.
- Encontró la SIC que, en los ítems investigados, el investigado que resultó adjudicatario de cada ración alimenticia, venia suministrando ese mismo ítem anteriormente. Esto permitió a la SIC considerar que había una repartición de mercados entre los investigados pues les convenía seguir prestando el servicio donde ellos mismos lo venían prestando en el pasado.

En línea con lo expuesto líneas arriba, encontró de igualmente la autoridad que el comportamiento de los investigados a la hora de presentar sus propuestas denotaba un comportamiento colusorio, el cual seguía un mismo patrón. Mientras dos de los investigados presentan propuestas con valores idénticos, el tercero presenta su propuesta con un valor superior al de los otros dos. De esta manera, la SIC infirió que las primeras dos propuestas no eran reales, sino que eran propuestas complementarias diseñadas para aumentar las posibilidades del tercero.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y al encontrar otras pruebas económicas que demostraban los efectos y motivaciones colusorias de los investigados, concluyó la Superintendencia que los investigados incurrieron en un acuerdo anticompetitivo que implicaba la presentación de dos ofertas “falsas” y una propuesta más alta que sería la adjudicataria, para de esa manera afectar el cálculo de la media aritmética y resultar adjudicatarios. Esto correspondió a un reparto geográfico por parte de los investigados para poder continuar siendo adjudicatarios de los segmentos que tenían a su cargo al momento.

5. Decisión

La SIC decidió sancionar a las tres personas investigadas por incurrir en un acuerdo de colusión en licitaciones públicas vulnerando lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992. De igual manera, remitió la resolución a la Fiscalía y al INPEC para las decisiones de su competencia.

6. Análisis y conclusiones del CEDEC

En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio investigó a sancionó a tres personas naturales por haber incurrido en un acuerdo anticompetitivo en el marco de un proceso de selección estatal, en concreto, del INPEC. Encontró la autoridad, luego del análisis respectivo, estas personas se habrían coludido para afectar el calculo de la media aritmética y así falsear la competencia del proceso de selección. En este caso, es importante el análisis que se hace sobre la manera en que se falseo la competencia y la modalidad de colusión en licitaciones publicas.

Proyectado por: Daniel Luque