

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 39758 DE
2017 LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

*Caso Geriátricos Cartagena
Colusión en contratación pública*

Investigados:

*FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL (en adelante
FUNDESOL) y la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO (en adelante
MULTIACTIVA)*

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS.....	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	3
4. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA	4
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	8
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	8

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 3958 DE 2017 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

*Caso Geriátricos Cartagena
Colusión en contratación pública*

Investigados:

*FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL (en
adelante FUNDESOL) y la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO (en
adelante MULTIACTIVA)*

1. Introducción

La conducta que se tratará en esta resolución hace referencia a la existencia de una Colusión que afectará la libre competencia en el marco del proceso contractual al proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la Alcaldía de Cartagena.

2. Conductas imputadas

De acuerdo con la Resolución de apertura No. 97610 de 2015 mediante la cual se abrió investigación en contra de las sociedades investigadas, así como de sus representantes legales, tiene como fin determinar si actuaron en contra de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, esto es, como lo señala la Superintendencia, entendido en un sentido general del régimen de protección de la competencia, cuando se acuerda con un agente del mercado, alterar las condiciones normales del mercado, conducta que se encuentra prohibida de la misma manera se imputó la posible colusión establecida en el numeral 9 del Decreto 2153 de 1992.

3. Consideraciones de la Delegatura

Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el Informe Motivado de la correspondiente actuación, en el cual presentó el resultado de las investigaciones y señaló que de acuerdo con el acervo probatorio podía concluir que las empresas investigadas actuaron coordinadamente, con anterioridad al proceso de selección actuaban de forma conjunta relación cercana mismas oficinas misma área de contabilidad, también actuaron en conjunto.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1. El mercado relevante investigado se circunscribe al proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA y cuyo objeto consistió en el suministro de productos perecederos y no perecederos con destino a los adultos mayores de los centros de vida y grupos organizados en el distrito de Cartagena de indias.

La Superintendencia indicó que para el desarrollo del objeto contractual, la ALCALDÍA DE CARTAGENA estableció como valor del presupuesto oficial estimado de (\$1.985.530.225). De la misma manera indica que, en el proceso de selección abreviada por subasta inversa participaron como proponentes FUNDESOL y MULTIACTIVA, así como otros tres (3) proponentes presentados mediante figuras de unión temporal. Finalmente, el contrato se le adjudicó a UNIÓN TEMPORAL ALIMENTOS DE CARTAGENA.

4.2. El Superintendente consideró que entre los investigados existió una estrecha relación entre las investigadas antes, durante e incluso después del proceso contractual, relación que conllevó a que FUNDESOL y MULTIACTIVA se coludieran al momento de participar en el proceso de selección objeto de investigación.

El Despacho constató que, con anterioridad a la audiencia de adjudicación del proceso de selección de la ALCALDÍA DE CARTAGENA, los investigados tuvieron sedes en las mismas direcciones en diferentes periodos, asimismo se corroboró con las pruebas que tanto la Asamblea de Miembros de MULTIACTIVA como la de FUNDESOL se reunieron en mi dirección. De hecho, allí operaba una de las sedes de FUNDESOL y en esta además funcionaba la Unión Temporal ASEAR (en adelante UT ASEAR). Lo que es relevante porque FUNDESOL no hacía parte de la UT ASEAR, quien fue competidora en el proceso de selección objeto de estudio, de hecho, la misma se encontraba compuesta por CORDIN, FINCOME y MULTIACTIVA.

4.3. FUNDESOL y MULTIACTIVA compartieron personal y recursos humanos, por ejemplo, el señor Sr. ÓSCAR PEÑALOZA ha trabajado simultáneamente en el área contable de las empresas investigadas por lo menos desde el año 2010 y que JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ fue la Directora Ejecutiva de FUNDESOL al tiempo que ejercía el cargo de coordinadora de UT ASEAR.

Las investigadas compartieron dos de los principales colaboradores, circunstancia que, junto con las demás pruebas del expediente, dan cuenta de la existencia de una estrechísima relación que desencadenó en el acuerdo colusorio en el proceso de selección.

4.4. Sumado a lo anterior, la Autoridad consideró un hecho indicador importante la situación que refleja que las empresas investigadas tenían objeto un social parecido, hicieron modificaciones similares casi que simultáneamente y nombraron directivos con poco tiempo de diferencia, es decir, con solo unos meses de diferencia, las fundaciones investigadas agregaron a sus objetivos el suministro y distribución de alimentos perecederos y no perecederos.

Respecto de la capacidad financiera, se confirmó, de acuerdo con la información registrada en el Registro Único de Proponentes, que MULTIACTIVA y FUNDESOL también presentaban

identidad en dicha capacidad.

4.5. Evidencia que demuestra la coordinación de las empresas investigadas en el proceso de selección investigado.

4.5.1. Los formatos usados en sus propuestas son idénticos o comparten semejanzas inusuales en diseño y contenido. La evidencia demuestra la existencia de coincidencias tipográficas y de diseño cuya explicación más razonable apunta a que las portadas fueron hechas por una misma persona o que existía un formato para todos los proponentes. De la misma forma, usaron diseños idénticos en la tabla de contenido de las propuestas. Es decir, tenían identidad en la tipografía, las sangrías, el espaciado, el tipo de numeración, la alineación e incluso la ausencia de referencia a las páginas correspondientes al índice, que se encuentran en casillas abiertas cuando, lo normal es que existan diferencias entre las propuestas allegadas a un proceso de selección, tanto en su forma como en su contenido, hecho que sucedió efectivamente al comparar sus ofertas con las de los competidores no coludidos.

Tal y como se verifica en las imágenes antes expuestas, las notas a los estados financieros de ambas propuestas a pesar de estar suscritas y presentadas por dos contadores públicos distintos coinciden en el diseño, el formato, la tipografía, el orden de los diferentes aspectos a tratar y el contenido de cada una de las notas. Incluso, ambas propuestas comparten errores, tales como la numeración alfabética, lo cual denota que efectivamente se elaboraron de forma conjunta y se asignó el nombre de otro contador para tratar de no levantar sospechas dentro de la entidad contratante.

4.5.2. De acuerdo con lo probado en el expediente existen diversas coincidencias en las certificaciones y demás requisitos habilitantes, que van desde cercanía inusual en fechas y horarios de expedición, hasta coincidencia en los sujetos que las profieren en casos en los que existe un número plural de proveedores que podrían otorgarlas.

Los certificados de existencia y representación legal de MULTIACTIVA y FUNDESOL, fueron solicitados por la misma persona, pues corresponden a los números consecutivos y se expidieron en la misma fecha y a una hora consecutiva. Lo mismo sucedió con los Certificados del Registro Único de Proponentes de los investigados, adicional a lo anterior, CÉSAR AUGUSTO DÍAZ reconoció que había expedido las aludidas certificaciones a favor de FUNDESOL y MULTIACTIVA, e indicó que tales documentos fueron solicitados por ROBERTO CARLOS PALACIOS.

En últimas, es claro que no puede atribuírsele a una casualidad que ambos proponentes aquí investigados hayan presentado otra certificación más del mismo proveedor y expedida en la misma fecha. Todas las coincidencias expuestas en las certificaciones que eran necesarias para presentarse en el proceso de selección objeto de investigación, acreditan que las propuestas fueron armadas conjuntamente y no de manera independiente como se espera en un escenario de competencia. Por lo tanto, es claro el comportamiento colusorio de las investigadas.

El hecho indicador de la colusión unión temporal conformada por MULTIACTIVA y otras dos fundaciones, CORDIN y FINCOME CTA, y de la cual FUNDESOL no hacía parte, se pudo constataren los computadores de personal vinculado con esta unión temporal que allí se encontraba información relacionada con FUNDESOL, fundación que se insiste no hacía parte de dicha unión temporal y que, por el contrario, era supuestamente competidora de sus miembros, Al respecto el Superintendente considera que un documento denominado "propuesta FUNDESOL" no podría encontrarse en ningún dispositivo distinto a los pertenecientes al proponente, esto es FUNDESOL. Ahora bien, resulta sospechoso que aparezca como autor JOSÉ OLIVO ORTEGA quien, como ya se ha expuesto, siempre estuvo vinculado con MULTIACTIVA.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso impuso una sanción administrativa a las investigadas, al decidir que:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que las sociedades **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL y FUNDACIÓN MULTIACTIVA** infringieron lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, por violar la libre competencia al incurrir en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al coludirse en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 a*

(...)

***ARTÍCULO TERCERO: Declarar que JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ, y Representante Legal de FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL y DARLY JOHANA ASIS PADILLA Representante Legal de FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** quienes para la época de los hechos investigados; incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.*

(...)

***ARTÍCULO QUINTO.** Archivar la presente actuación administrativa en favor de **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL**, identificada con NIT 806.006.013- 7 y **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, identificada con NIT 806.006.079-2, por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.*

(...)”

6. Análisis y conclusiones

La Superintendencia analiza la estrecha relación de los investigados como la base de estructuración del acuerdo colusorio, situación que se presentó antes, durante y después de la celebración del concurso objeto del proceso. Lo importante del análisis que realizó la Autoridad es que determina que a pesar de todas las similitudes coincidencias y cercanías entre las empresas no fue posible afirmar que constituían una misma unidad empresarial sujeta al control de una misma persona natural o jurídica, por lo tanto, hace referencia a la líneas divisoria entre una circunstancia de control que implica una unidad de dirección y propósito de las empresas y diferencia dicha situación de un acuerdo colusorio basado en las relaciones cercanas y comerciales entre las empresas, sin que por esta situación desaparezca el control que cada empresa tiene y sus intereses individuales y posibilidad de tomar decisiones de manera voluntaria.

Finalmente, la Autoridad reitera que los vínculos entre los competidores si bien no es conducta *per se* restrictiva al sumarlas con las diversas evidencias recaudadas, sobre la expedición de certificados necesarios para habilitarse en el proceso, así como la existencia de la propuesta elaborada para ambas empresas por un trabajador y que la oferta se encontraba en un computador de uno de los trabajadores de la empresa competidora dan cuenta que efectivamente existió el acuerdo colusorio para aumentar las probabilidades de resultar adjudicatarios en el proceso investigado.

De hecho, fueron tan concluyentes los indicios y la evidencia recaudada que para la Autoridad no fue ni siquiera necesario mencionar la afectación en el mercado porque la misma conducta generó la potencialidad de afectar las condiciones del mercado por el hecho del actuar coordinado y porque mucho menos actuaron de manera cautelosa las empresas para reservar su información y realizar ofertas que no fueran complementarias a las de su competidor.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.