

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 91235 DE
2015 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso FUNDESOE
Colusión en contratación pública

Investigados:
Corporación Melquiades ("Melquiades")
Y La Fundación Para El Fomento De La Democracia,
El Desarrollo Social Y La Ecología ("Fundesoe").

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

ÍNDICE	2
1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS.....	3
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	9

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 91235 DE 2015 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO*****Caso FUNDESOE******Colusión en contratación pública*****Investigados:**

**Corporación Melquiades ("Melquiades")
Y La Fundación Para El Fomento De La Democracia,
El Desarrollo Social Y La Ecología ("Fundesoe").**

1. Introducción

La conducta que se tratará en esta resolución determinará si los investigados incurrieron en comisión de prácticas restrictivas de la competencia en la convocatoria No. 003 adelantado por el ICBF.

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución de apertura Resolución de apertura, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la Delegatura) ordenó Abrir Investigación y formular Pliego de Cargos contra de los investigados para determinar si infringieron lo dispuesto en el numeral 9 (colusión en licitaciones o concursos) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia).

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, así las cosas, la Delegatura comprobó que los proponentes participaron de manera conjunta en razón a los incentivos para actuar mancomunadamente y se encontraron muchas similitudes en la presentación de la oferta

que no dan una explicación distinta a la colusión en licitaciones, y por ende, la Delegatura sugiere sancionar por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1. La Superintendencia determinó que el mercado relevante en el caso concreto pertenece a la "Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012" cursado por el ICBF, cuyo objeto era "invitar, acreditar y actualizar los requisitos habilitantes para la conformación de la lista de oferentes habilitados, con los cuales el ICBF podrá celebrar contratos de aporte para desarrollar el Programa de Alimentación Escolar en el territorio nacional.

Sin embargo, se hace la salvedad que si bien la Convocatoria No. 003 tuvo un desarrollo a nivel nacional, el análisis de competencia se hace en las tres (3) regionales donde las investigadas tuvieron interés.

4.2. El Despacho consideró que el propósito del acuerdo era participar simultáneamente en la Convocatoria No. 003 mediante la presentación de dos (2) ofertas en apariencia "independientes" (una por parte de MELQUIADES y la otra por parte de FUNDESOE), cuando las dos (2) en realidad obedecían a una misma unidad de dirección y control en cabeza de OLGA INÉS FLÓREZ y JOSÉ DE JESÚS CAMACHO y por lo tanto no existió una colusión en licitaciones por el hecho de que solo se encontró involucrada una voluntad, pero fue una práctica, procedimiento o sistema que tendiente a limitar la libre competencia.

4.3. Asimismo, la Autoridad verificó que, de conformidad con los medios de prueba obrantes en el expediente, que MELQUIADES y FUNDESOE desplegaron una estrategia idónea para distorsionar la Convocatoria No. 003 mediante la presentación de dos (2) propuestas que sólo en apariencia eran "independientes".

Primero, la independencia de las empresas involucradas para participar como competidores en la Convocatoria No. 003 se encontraba totalmente comprometida por cuanto su representante legal coincide en la persona de OLGA INÉS FLÓREZ, quien a su vez es cónyuge de JOSÉ DE JESÚS CAMACHO (socio de FUNDESOE). Por lo anterior, concuerda este Despacho con las apreciaciones de la Delegatura al considerar que ambas entidades MELQUIADES y FUNDESOE representaron los mismos intereses y responden a una misma unidad de propósito y dirección. De hecho, esa situación fue reconocida por OLGA INÉS FLÓREZ quien afirmó en su declaración puesto que fue ella quien elaboró de manera conjunta de las dos (2) ofertas.

Más aun se puede probar la situación de colusión porque OLGA INÉS FLÓREZ declaró que le resultaba indiferente cuál de las dos (2) entidades que representaba lograra la adjudicación, demostrando que la participación de las empresas investigadas respondía a una simple estrategia de ampliar sus chances de adjudicación.

***"Pregunta SIC:** ¿Diga cómo es cierto SI o NO que con la presentación de la **CORPORACIÓN MELQUIADES** y de **FUNDESOE** usted buscaba incrementar las posibilidades de ganar la adjudicación del contrato?*

***Respuesta:** Bueno la verdad queríamos quedar en un banco de oferentes, para tener en alguna oportunidad con cualquiera de las dos, este alguien, eso no es fácil que le den a uno el contrato, entonces de pronto alguna de las dos (2) podía tener un contrato, pero de manera alguna hicimos esto para sacar a nadie del concurso...⁴²*

Lo anterior demuestra para la Autoridad que las ofertas de MELQUIADES y FUNDESOE en la Convocatoria No. 003 fueron elaboradas de forma conjunta por una de sus controlantes PERTUZ y JOSÉ DE JESÚS CAMACHO, situación que explica las coincidencias formales halladas entre ellas. Esta situación, de que dos proponentes se presenten de forma separada

a un proceso de contratación cuando siguen una misma unidad de propósito y dirección, ya configura por sí sola una infracción a la libre competencia.

4.4. Así las cosas, La Entidad pasó a estudiar la potencialidad de afectación que tenía la participación conjunta de los investigados y determino que la potencialidad abstracta que tenía el actuar de los investigados de afectar la competencia en el proceso contractual estaba determinado por la probabilidad de que se acudiera al sorteo como mecanismo de desempate, incrementando artificialmente sus posibilidades de adjudicación al presentar dos ofertas aparentemente independientes pero que en realidad, obedecían a una misma unidad de propósito y dirección.

En efecto, teniendo en cuenta la eventualidad de que MELQUIADES y FUNDESOE hubieran Llegado al sorteo, y teniendo en cuenta que se trata de dos entidades con unidad de propósito y control, su chance de adjudicación se definiría como $2/n$ (siendo n el número total de proponentes que llegó con ellas a esta etapa de la adjudicación). En este sentido, la probabilidad de que logran la adjudicación sería el doble de la de tendría cualquier otro proponente en competencia.

Así las cosas, por medio de la presentación de dos ofertas en vez de una alteró las oportunidades de ganar de su proponente, lo anterior se evidencio en el ejemplo de un caso hipotético con otros ocho proponentes adicionales habilitados en empate, MELQUIADES y FUNDESOE hubieran obtenido un 8.89% más probabilidades de resultar adjudicatarios a través de un sorteo.

En consecuencia, está plenamente acreditada la potencialidad que tenía la conducta de los investigados de afectar el proceso competitivo que se adelantó en el marco de la

Convocatoria No. 3, esto es, la responsabilidad derivada de la colusión por objeto proscrita por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 21153 de 1992.

4.5. Por otro lado, la Superintendencia no concuerda con lo afirmado por la Delegatura en la resolución de apertura en el sentido de que la colusión en licitaciones no subsumó la prohibición general, en razón a que, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia, sin excluir los expresamente descritos por la ley. Sin embargo, lo anterior no significa que una violación a la prohibición general también implique automáticamente la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, toda vez que una práctica puede tender a limitar la libre competencia, pero estar enlistada en las conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992.

En ese sentido, estando acreditado con las evidencias expuestas anteriormente MELQUIADES y FUNDESOE incurrieron en la conducta anticompetitiva prohibida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se advirtió en esta resolución que dicha conducta también resulta ilegal en los términos de la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por lo anterior, el Despacho no acogió la posición de la Delegatura, que en su Informe Motivado recomendó no sancionar a MELQUIADES y FUNDESOE por la presunta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, aunque, no se trata de la comisión de dos (2) infracciones, sino que con una misma conducta se violan dos disposiciones, lo cual es diferente, y además conlleva a la imposición de una sola sanción y no de dos sanciones independientemente consideradas.

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 la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA (FUNDESOE)**, violó la libre competencia por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco de la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 adelantada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO. DECLARAR que la **CORPORACIÓN MELQUIADES (MELQUIADES)**, violó la libre competencia por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco de la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 adelantada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO. DECLARAR que **OLGA INÉS FLÓREZ PERTUZ**, actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 con relación de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y tolerar la conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 4. DECLARAR que **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.684.153, actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo

4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 con relación de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y tolerar la conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

(...)*

6. Análisis y conclusiones

La Superintendencia indica que el acuerdo colusorio se dio cuenta en razón a que las dos empresas tenían la misma representante legal quien era esposa de uno de los dueños, por consiguiente, esta misma persona fue quien elaboró las propuestas de ambas empresas y le era indiferente quien ganara toda vez que con ambas empresas se beneficiaba.

La Superintendencia en su parte considerativa señala de manera textual lo siguiente: “La Convocatoria No. 003 mediante la presentación de dos ofertas en apariencia "independientes" (una por parte de MELQUIADES y la otra por parte de FUNDESOE), cuando las dos en realidad obedecían a una misma unidad de dirección y control en cabeza de OLGA INÉS FLÓREZ y JOSÉ DE JESÚS CAMACHO.”

Lo anterior, genera conflictos dado que la afirmación realizada por la Entidad, puede generar dificultades o controversias porque al parecer confunde la definición de control competitivo por un lado, afirma que no existieron dos voluntades sino que las decisiones de ambas empresas correspondían a una misma unidad de propósito y dirección lo cual indica que están sometidas bajo el control competitivo, situación definida como la capacidad que tiene un agente de definir o influenciar las estrategias competitivas de una empresa y específicamente en colusiones corresponde a la posibilidad de determinar la forma como

ambas empresas deciden participar en los procesos de selección públicos, en ese sentido, la afirmación de la Superintendencia tiende a definir la situación de las empresas como unidades controladas por OLGA INÉS FLÓREZ PERTUZ y JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO”. No obstante, la Autoridad no hace ningún análisis profundo de como se ejerció ese control, por lo tanto, el lector puede confundir lo anterior con un simple acuerdo colusorio en el cual, se asignaron roles y por ejemplo la SEÑORA OLGA fue la encargada de elaborar las propuestas, no por esto significa que sea controlante de la misma y muchos puede considerarse como prueba de esa situación de control que ambas personas naturales sean cónyuges.

La situación se vuelve aún más compleja al momento de sancionar dado que la Autoridad condena tanto por colusión como por la prohibición general sin definir en razón a que conductas, hechos o evidencias se adecuó dicha imputación y teniendo en cuenta que si supuestamente las empresas investigadas obedecen a una sola voluntad no es posible que estas empresas generen un acuerdo colusorio porque no se adecua al supuesto de hecho de dicha norma.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.