

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 10412 DE
2016 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso ICBF
Conductas colusorias en procesos de contratación estatal

Investigados:
CORPORACIÓN MELQUIADES
**FUNDACION PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA
ECOLOGIA**

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	4
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA.	7
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	9
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	9

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 10412 DE 2016 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO*****Caso ICBF******Conductas colusorias en procesos de contratación estatal*****Investigados:*****CORPORACIÓN MELQUIADES******FUNDACION PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA
ECOLOGIA*****1. Introducción**

De acuerdo con lo señalado por la SIC la presente actuación se inició a partir de una comunicación del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) en la que señaló que durante el proceso de evaluación de las propuestas correspondientes a la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 (en adelante la “Convocatoria No. 3”, la Universidad Sergio Arboleda, en su calidad de comité evaluador y de calificación, advirtió que OLGA INES FLÓREZ PERTUZ obraba como representante legal de dos de las entidades participantes CORPORACION MELQUIADES y la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGIA.

Como consecuencia de este hallazgo, estas dos (2) entidades sin ánimo de lucro fueron excluidas del proceso en la Fase I.

La delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio inició una averiguación preliminar para determinar la posible ocurrencia de conductas anticompetitivas en la Convocatoria No. 3 por parte de las dos entidades participantes.

La Delegatura mediante la Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015¹, impuso una sanción a CORPORACION MELQUIADES y la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGIA, razón por la cual los investigados interpusieron recurso de reposición contra la mencionada decisión.

Con la presente Resolución resuelven el recurso interpuesto.

2. Conductas imputadas

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación y formuló pliego de cargos a CORPORACION MELQUIADES y la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA

¹ “Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de competencia”

ECOLOGIA por incurrir en la conducta contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

3. Consideraciones de la Delegatura

COMPETIDORES EN EL MERCADO

Como primer elemento de prueba de esta conducta, se tuvo en cuenta que para la época del proceso las dos entidades compartían el mismo representante legal. Esta situación, tal y como lo sostuvo este Despacho en la Resolución Sancionatoria, "constituye evidencia fehaciente de que ninguna de las dos se comportaría (sic) realmente como competidores", ya que "las dos (2) perseguirían la satisfacción de los mismos intereses".

No puede existir competencia efectiva, como es apenas lógico, cuando una misma persona debe salvaguardar los intereses contrapuestos de dos competidores. El representante legal de dos proponentes que se enfrentan en un proceso de contratación tiene la disyuntiva de propender por los intereses de cada una de sus representadas, cuando es claro que, al lograr la adjudicación para una de ellas, automáticamente elimina la posibilidad de que la otra pueda lograrlo.

Así las cosas, resulta claro que la competencia entre dos agentes cuya voluntad se materializa a través de una misma persona no puede ser efectiva, pues ese representante no puede garantizar el mejor resultado para todas y cada una de sus representadas mientras ese objetivo sea el mismo. En consecuencia, el hecho de que participen en un proceso de selección contractual con dos ofertas independientes, cuando se representan los mismos intereses, solo tiene sentido desde la óptica de una estrategia anticompetitiva para aumentar las posibilidades de lograr el contrato en adjudicación.

UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN

El término de "unidad de propósito y dirección" encaja perfectamente en el hecho de que dos o más proponentes, en apariencia independientes, actúen a través de las mismas personas, o bajo la dirección de estas, para lograr la adjudicación del contrato con independencia de a cuál de ellas se otorgue. Para lograr ese fin conjunto, los agentes pueden poner en marcha todo un esquema de colusión en que cada una de sus ofertas juega un rol de complementariedad, o pueden simplemente incrementar sus probabilidades de adjudicación al presentar múltiples ofertas cuando la elección del contratista depende en últimas del azar (como el caso de un sorteo).

Lo anterior, tal y como lo concluyó esta Entidad en la Resolución Sancionatoria, permitió a esta Superintendencia concluir que "[e]sta situación, de que dos (2) 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".

Ahora bien, es importante aclarar que el presente trámite administrativo obedece a una investigación por la presunta comisión de una práctica restrictiva de la competencia, en la modalidad de colusión en procesos de contratación pública, y no a un proceso de declaración

de existencia de grupo empresarial, el cual le corresponde por ley a la Superintendencia de Sociedades. Así las cosas, esta Superintendencia no ha declarado (ni podría hacerlo) la existencia de grupo empresarial, por lo que la asimilación que hace el recurrente al concepto de unidad de propósito y dirección previsto en el Código de Comercio es abiertamente impertinente.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

No pueden ser de recibo los argumentos de los recurrentes en torno a que no tuvieron la intención de afectar a nadie con su participación en la Convocatoria del ICBF, ya que la Resolución No. 10412 de 2016 responsabilidad aplicable a los casos de prácticas restrictivas de la competencia que se adelantan bajo las prohibiciones contenidas en el Decreto 2153 de 1992, no tiene en cuenta la intención de los agentes a la hora de su consumación.

Cada uno de los tipos normativos consignados en ese Decreto contiene un elemento subjetivo que suple la necesidad de demostrar el carácter volitivo de los agentes a la hora de actuar. Para el caso que nos ocupa, la norma establece que están prohibidos los acuerdos que "tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos (...)", por ende, la Superintendencia de Industria y Comercio solo debe demostrar la existencia del acuerdo y que el mismo tuvo como objeto, la colusión en el proceso de selección estudiado, sin que en ningún momento se deba demostrar la intención de los agentes de vulnerar la competencia, o de afectar a un tercero o de generar un determinado efecto anticompetitivo, pues con que el acuerdo solamente tenga "que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos" se suple con la adecuación típica de este comportamiento restrictivo de la competencia.

En esta medida, el hecho de que la intención de los agentes fuera la obtención de un contrato o el simple ingreso a la lista de proponentes habilitados para ofertar no altera en ninguna forma la tipificación de su conducta dentro del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por ello, resulta insuficiente este argumento para reponer la decisión sancionatoria.

Sin embargo, pese a que la intención del agente no hace parte de los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, este Despacho dejó absolutamente claro que la misma era la de mejorar sus posibilidades de adjudicación, lo cual sólo puede darse en detrimento de las posibilidades de los demás proponentes. En este sentido, no solo no es cierto que deba demostrarse la intención del agente para que pueda ser sancionado administrativamente por conductas restrictivas de la competencia, sino que este Despacho demostró claramente cuál era la intención que tenían con su actuar anticompetitivo.

NULIDADES PROCESALES – Sana critica

El argumento de los recurrentes respecto de que sus manifestaciones sobre las irregularidades que adolecieron la práctica de los testimonios no eran una solicitud de

nulidad, sino una simple solicitud para que este Despacho las excluyera del análisis probatorio, no puede ser de recibo en la medida en que la única forma de excluir una prueba por una irregularidad es a través de la nulidad.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, “las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador -y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia -sanción- de invalidar las actuaciones surtidas”². En consecuencia, una petición de exclusión probatoria por fuera de una solicitud de nulidad constituye un intento extrajurídico de interferir en la libre apreciación de la prueba y la sana crítica que gobierna la valoración probatoria de la Autoridad.

De igual forma, y como se mencionó en la Resolución Sancionatoria, tampoco sería procedente que las afirmaciones constituyeran una solicitud de nulidad con virtualidad de prosperar, pues las alegaciones fueron indeterminadas, innominadas y por fuera del término procesal para hacerlo.

No se puede olvidar que estos límites temporales para ejercer los derechos procesales atienden al deber de lealtad procesal y colaboración con la justicia, pues dicho límite garantiza que se eviten dilaciones en el proceso. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional cuando afirmó que “debe tenerse presente que cada etapa procesal tiene un objetivo, el cual ha de ser preservado, so pena de generar situaciones de inseguridad jurídica -imposibilidad de culminar los debates- y de dilación”³. Así, la etapa instructiva del trámite, la cual culmina con el traslado del Informe Motivado, era el límite temporal para solicitar nulidades generadas en el trámite de la investigación.

Sobre la solicitud de exclusión probatoria sin solicitud de nulidad, es necesario recordarle a los recurrentes que el sistema jurídico colombiano prevé como el mecanismo de valoración probatoria la sana crítica, esto es, un sistema que “faculta al juez para valorar de una manera libre y razonadas el acervo probatorio, en donde el juez llega a la conclusión de una manera personal sin que deba sujetarse a reglas abstractas preestablecidas”⁴. La sana crítica representa una aproximación probatoria que se fundamenta en el correcto entendimiento humano, controlado desde la óptica de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia del juez, un tridente de reglas que le permiten al juez identificar, de forma certera y eficaz, dónde radican las piezas claves para enfrentar los problemas jurídicos que debe solventar, lo cual no implica el ejercicio arbitrario o caprichoso de la actividad judicial.

En consecuencia, si las pruebas obrantes en el expediente no adolecen de nulidad, y en desarrollo del principio de unidad de la prueba, todos los elementos materiales probatorios deben ser considerados por la Superintendencia para que, aplicando su lógica, ciencia y experiencia, determine la comisión de la práctica anticompetitiva que se investiga.

PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM

No comparte este Despacho las afirmaciones de los recurrentes sobre la vulneración del principio del non bis in ídem por haber establecido que su conducta se adecuó

típicamente tanto en la prohibición contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como en la del artículo 1 de la ley 155 de 1959. Como se manifestó en la Resolución recurrida, el hecho de que se establezca que la conducta reprochada vulnera las dos normas jurídicas señaladas, *no implica la comisión de dos (2) infracciones, sino que con una misma conducta se violan dos (2) disposiciones, lo cual es diferente, y además conlleva a la imposición de una sola sanción y no de dos (2) sanciones independientemente consideradas.*

4. Consideraciones de la Superintendencia sobre la existencia de colusión en licitaciones públicas.

Se reitera lo señalado anteriormente en el sentido de que no pueden ser de recibo los argumentos de los recurrentes respecto de que la ausencia de efecto en el mercado no permite que se les sancione, puesto que es evidente que, en el régimen de protección de la competencia en Colombia, como sucede en casi todas las jurisdicciones del mundo, las conductas colusorias en procesos de contratación se sancionan tanto por efecto como por objeto. Así, cuando la conducta es óptima para producir el efecto anticompetitivo, pero el mismo no se materializa por algún motivo endógeno o exógeno a la voluntad de los infractores, la conducta se tipifica por objeto.

Así las cosas, no resulta relevante para determinar la existencia de la infracción administrativa por objeto, que la conducta no se haya podido materializar en el mercado por un desistimiento propio del agente infractor (factores endógenos) o por decisiones o circunstancias ajenas a él (factores exógenos), pues el riesgo generado sobre el mercado es suficiente para que se imponga la sanción respectiva por ese actuar anticompetitivo.

En consecuencia, el hecho de que el efecto no se haya causado en el mercado no es un argumento para reponer la decisión de sancionarlas y, en consecuencia, no se modificará la sanción impuesta.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES

En materia de infracción de las normas de protección de la competencia, la responsabilidad de las personas naturales se deriva de que su actuar individual se adecúe en los verbos rectores previstos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que dispone lo siguiente:

“Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. *El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:*

“Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

*Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:
(...)” (Subrayado fuera de texto).*

Por lo anterior, la responsabilidad de las personas naturales depende de que su actuar, bien sea por acción u omisión, se encuadre en alguno de los verbos rectores descritos por la norma citada. Así lo mencionó este Despacho en la Resolución Sancionatoria:

“Vale la pena recordar que la responsabilidad personal a que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, emana de un comportamiento (acción u omisión) de la persona natural en cuestión. La precisión efectuada reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 ya mencionado no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito ejecuten directamente el acto.

En esta medida, la responsabilidad de una persona que coadyuve a la comisión de una práctica restrictiva, se desprende directamente de su actuar (vía acción u omisión), y no de la naturaleza de su cargo o vinculación con el agente de mercado sancionado. Esto quiere decir que la pertenencia o afiliación de una persona a una empresa, en calidad de representante legal, miembro de junta directiva y, en general, de administrador, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva”.

IMPACTO DE LA CONDUCTA EN EL MERCADO – Nocividad de los acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal

Respecto del impacto que la conducta tenga sobre el mercado, este elemento de dosificación no resulta aplicable plenamente en estos casos de conductas por objeto, pues como su propia definición lo establece, esta ocurre precisamente cuando el efecto en el mercado no pudo causarse. No obstante, se tuvo en cuenta que la ausencia del efecto se dio por un factor exógeno de las sancionadas, ya que la imposibilidad de causar el efecto anticompetitivo se dio por una decisión del ICBF en su condición de Entidad contratante, y no por una decisión propia de las sancionadas de no causar el daño en el proceso.

Del mismo modo se tuvo en cuenta que la afectación de la competencia en el marco de procesos públicos de contratación constituye una práctica en extremo nociva para el Estado, pues como lo ha manifestado la OECD5 en sus “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”:

“El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad, así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas⁶. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo”.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso confirmó lo establecido en la Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015

6. Análisis y conclusiones

En este caso, la SIC determinó que cuando dos (2) proponentes se presenten de forma separada en un proceso de contratación cuando buscan una misma unidad de propósito configuran en si mismo una infracción a la libre competencia.

Ahora bien, es importante aclarar que el presente trámite administrativo obedece a una investigación por la presunta comisión de una práctica restrictiva de la competencia, en la modalidad de colusión en procesos de contratación pública, y no a un proceso de declaración de existencia de grupo empresarial, el cual le corresponde por ley a la Superintendencia de Sociedades. Así las cosas, esta Superintendencia no ha declarado (ni podría hacerlo) la existencia de grupo empresarial, por lo que la asimilación que hace el recurrente al concepto de unidad de propósito y dirección previsto en el Código de Comercio es abiertamente impertinente.

Para el caso que nos ocupa, la norma establece que están prohibidos los acuerdos que "tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos (...)", por ende, la Superintendencia de Industria y Comercio solo debe demostrar la existencia del acuerdo y que el mismo tuvo como objeto, la colusión en el proceso de selección estudiado, sin que en ningún momento se deba demostrar la intención de los agentes de vulnerar la competencia, o de afectar a un tercero o de generar un determinado efecto anticompetitivo, pues con que el acuerdo solamente tenga "que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos" se suple con la adecuación típica de este comportamiento restrictivo de la competencia.

En esta medida, el hecho de que la intención de los agentes fuera la obtención de un contrato o el simple ingreso a la lista de proponentes habilitados para ofertar, no altera en ninguna forma la tipificación de su conducta dentro del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por ello, resulta insuficiente este argumento para reponer la decisión sancionatoria.

Proyectado por: Diego Guarín