

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 1728 DE
2019 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso FONADE 2019
Conducta colusoria en Licitaciones públicas

Investigados:
*Ajustec Ingeniería Ltda (“Ajustec”),
Nelson Ernesto Peña Rodríguez,
Martín Alejandro Restrepo Atuesta Y
Hernando Lancheros Ibañez.*

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
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA.....	7
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	8

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 1728 DE 2019 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO****Caso FONADE 2019*****Conducta colusoria en Licitaciones públicas*****Investigados:**

Ajustec Ingenieria Ltda (“Ajustec”),

Nelson Ernesto Peña Rodríguez,

Martín Alejandro Restrepo Atuesta Y

Hernando Lancheros Ibañez,

1. Introducción

La conducta que se tratará en esta resolución hace referencia a la existencia de un acuerdo colusorio, ejecutado a lo largo del tiempo mediante una conducta anticompetitiva entre los investigados para impedir la competencia en el marco de en los procesos de selección en el proceso de selección No. MCO 005-2014 adelantado por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE).

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución No. 59027 del 7 de septiembre de 2016, en virtud de la cual se abrió investigación en contra de los investigados, así como de sus representantes legales. Este acto administrativo tiene como objetivo determinar si actuaron en contra de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos) y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

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 las cuales demuestran que La Delegatura encontró coincidencias inexplicables respecto de los datos inscritos en el registro de entrega, la portada de las propuestas y la información incluida en estas, las certificaciones Mipyme emitidas por contador y las pólizas de garantía de seriedad emitidas para los consorcios EDIFICACIONES 2014 y OBRAS 2014 en el proceso de selección MCO 005-2014 de FONADE.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1. Tal y como lo ha entendido la administración, el mercado relevante en conductas anticompetitivas en el marco de la contratación estatal es precisamente el proceso en sí mismo, porque el mercado es la interacción entre la demanda y la oferta, es decir, únicamente la entidad y los proponentes son quienes participan en estos contratos, así las cosas, el Despacho considera que el mercado afectado corresponde al proceso de selección MCO 005-2014, a través del cual se adelantó el proceso de selección para la terminación de aula escolar en la Vereda El Choco en el Municipio de Cocorná-Antioquia adelantado por FONADE. El objeto del contrato consistió en la Terminación de Aula Escolar en la vereda El Choco en el Municipio de Cocorná-Antioquia.

4.2. Para la Superintendencia es procedente la sanción, toda vez que existe un Número considerable de elementos indiciarios en el proceso de selección objeto de estudio que apoyan la infracción cometida por parte de NELSON PEÑA, MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO, HERNANDO LANCHEROS y AJUSTEC establecida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La primera evidencia encontrada radica en que los consorcios OBRAS 2014 y EDIFICACIONES 2014 radicaron sus ofertas el mismo día, con tan solo un minuto de diferencia lo que significa que fueron entregadas por la misma persona, ANDRÉS LEGUIZAMON. Asimismo, es posible evidenciar que al analizar las propuestas entregadas existen muchas similitudes entre estas. A modo de ejemplo, la portada de las propuestas presentaba el mismo diseño, marcos, logos incorporados e información de contacto de los proponentes, además las pólizas de seriedad de ambos consorcios presentaban un alto grado de similitud puesto que fueron emitidas el mismo día, con un consecutivo similar y ante la misma aseguradora.

Lo anterior es un fuerte indicativo de que los competidores elaboraron las propuestas de forma conjunta para beneficiarse, lo cual denota la ausencia de competencia entre estos dos consorcios, a pesar de lo anterior, la Superintendencia advierte que lo afirmado en la declaración rendida por NELSON ERNESTO PEÑA, admitió haber elaborado ambas propuestas y aseguró que independientemente de cual de los dos consorcios resultará adjudicatario, la ejecución del respectivo contrato estaría a cargo de la sociedad comercial GPR y al observar su composición accionaria es posible afirmar que sus accionistas son los Señores Nelson Peña y Martín Restrepo miembros de los consorcios investigados.

Adicionalmente, existe un antecedente administrativo que sancionó a las mismas entidades mediante la Resolución No. 39735 del 6 de julio de 2017, se sancionó a los investigados, por

abstenerse injustificadamente de presentar los documentos cuya exhibición se ordenó en el proceso iniciado.

La Superintendencia pudo afirmar que NELSON ERNESTO PEÑA y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO tuvieron una relación cercana que facilitó el acuerdo, en efecto, decidieron trabajar como independientes, para lo cual constituyeron mediante un documento privado inscrito el 23 de noviembre del mismo año en la Cámara de Comercio de Bogotá, dicha sociedad tuvo como objeto social, la consultoría, asesoría técnica y económica.

De hecho, la declaración referida por NELSON PEÑA corrobora el hecho de que los investigados han participado en procesos de selección de la sociedad, por medio de esta estructura societaria se han mantenido una división de tareas específicamente demarcada de acuerdo a las capacidades de cada uno de ellos, que les ha permitido conjuntamente presentar las propuestas en los respectivos procesos. Así, MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ha sido el encargado de adelantar los aspectos técnicos durante la etapa precontractual, es decir, analizar elementos básicos como las zonas, el objeto, las vías de acceso y la duración de la obra. Por su parte, NELSON PEÑA se encargaba de los aspectos jurídicos y económicos para la elaboración de la oferta.

Sin embargo, el reproche que advierte la Autoridad no se encuentra en la conformación de la sociedad, sino por haber constituido una sociedad comercial de manera conjunta, NELSON ERNESTO PEÑA y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO, y seguir participando de manera individual como personas naturales en diferentes procesos de selección, utilizando a la sociedad como el medio por el cual se elaboraban la propuesta de forma conjunta.

Sumado a lo anterior, quedó evidenciado que mantuvieron el mismo esquema de separación de actividades a la hora de presentarse a través de la sociedad GPR, pero también se ha manifestado que han decidido presentarse a procesos de selección supuestamente de manera independiente, como personas naturales o por medio de consorcios u otras figuras asociativas establecidas en la ley, como aparentes competidores.

Para la Superintendencia llama la atención que dicha cooperación, implicó el trabajo conjunto de ambos investigados en el análisis y preparación que hacen sobre las propuestas a presentar, pues cada uno de ellos aportaron sus conocimientos y sumados permitieron la presentación de propuestas económicas. Por esta razón, este Despacho encuentra sustentado que independientemente si la propuesta es presentada por GPR, NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ o MARTIN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA, ambos investigados se han involucrado en el análisis y preparación de los diferentes elementos necesarios para la presentación de las propuestas, incluso cuando participan en los procesos como aparentes competidores.

De igual forma, ambos participantes utilizaban de manera común lo mismos trabajadores, como, por ejemplo: el mensajero de GPR, quien mantiene relaciones laborales tanto con NELSON ERNESTO PEÑA como con MARTIN ALEJANDRO RESTREPO; adicionalmente LIBARDO ORTIZ prestó sus servicios de contador a GPR para la época del proceso MCO 005-2014 del FONADE. Incluso, fue dicho contador quien firmó las certificaciones Mipyme que se anexaron a las propuestas económicas presentadas por los consorcios EDIFICACIONES 2014 y OBRAS 2014 quien, además, lleva la contabilidad de los investigados como personas naturales.

Finalmente, en caso de que alguno de los dos resulte adjudicatario del contrato licitado, mantendrá una reserva de dinero destinada a la subcontratación del otro investigado para que este último preste sus servicios en la ejecución del respectivo contrato.

4.3. Por otro lado, la Superintendencia considera que el esquema anticompetitivo estaba estructurado de manera tal que para perfeccionar la mecánica anteriormente descrita entre NELSON PEÑA y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO. En ese sentido, se valen de la experiencia de los terceros con los que conforman los consorcios utilizados como vehículos para participar en los diferentes procesos. En efecto, el Despacho encontró soportado que HERNANDO LANCHEROS y la empresa AJUSTEC participaron en diferentes procesos con los investigados aportándoles su experiencia y suscribiendo los documentos para participar, incluyendo el proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE. Por lo tanto, el señor HERNANDO LANCHEROS y AJUSTEC son igualmente responsables de la conducta anticompetitiva, teniendo en cuenta su calidad de miembros de los consorcios OBRAS 2014 y EDIFICACIONES 2014, lo cual los hace solidariamente responsables por todos los hechos y omisiones de dichos consorcios durante la presentación de las propuestas económicas.

4.5. Por último, la Entidad hace referencia a las normas imputadas por la resolución de apertura y afirma 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 todos los procedimientos, practicas 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 no estar enlistada en las conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992.

Por lo anterior, el Despacho consideró que al estar probado dentro del Expediente que los investigados infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, también infringieron lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

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 DICONULTORÍA S.A.; INGENIERÍA TECNOLOGÍA Y DESARROLLO IDT S.A.S., CASTRO FLÓREZ S.A.S. CDC INGENIERÍA S.A.S., JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA, y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, violaron la libre competencia al haber incurrido en el acuerdo anticompetitivo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992,*

(...)

***ARTÍCULO TERCERO.** DECLARAR que RODRIGO LÓPEZ ARANA; ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA, y LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE, 9, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

(...)

***ARTÍCULO QUINTO.** ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA, y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, en relación con la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

***ARTÍCULO SEXTO.** ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de DICONULTORÍA S.A., INGENIERÍA TECNOLOGÍA Y DESARROLLO IDT S.A.S., CASTRO FLÓREZ S.A.S., CDC INGENIERÍA S.A.S.; JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA, y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, en relación con la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.*

***ARTÍCULO SÉPTIMO.** ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de RODRIGO LÓPEZ ARANA, ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA, y LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE, por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

*(...)**

6. Análisis y conclusiones

La Superintendencia hace el análisis de la particularidad de la estrategia anticompetitiva establecida en el caso concreto y concluye que los investigados han establecido una mecánica de trabajo, la cual consiste en que se apoyan mutuamente a la hora de escoger los procesos de selección y preparar los documentos necesarios para presentar las ofertas económicas. Quedó demostrado igualmente que dicha mecánica de trabajo es aplicada de idéntica forma en las ocasiones en que deciden participar en procesos de selección de manera independiente y como aparentes competidores.

Es preciso indicar que en el caso concreto es evidente como los agentes se aprovecharon de las condiciones que brinda la realización de una unión temporal frente a la posibilidad de compartir información y tener cercanías con un competidor, así las cosas, utilizaban esta plataforma para designar en que procesos poder presentarse de forma individual organizar las propuestas de forma conjunta y así fingir ser competidores cuando en realidad no lo eran.

Respecto a la adecuación típica de la conducta la Autoridad imputó por el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y de igual forma por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así las cosas, indica que siempre que se realiza alguna conducta descrita en el Decreto 2153 también se infringe la ley 155 de 1959 lo cual podría conllevar a una doble sanción por los mismos hechos y así una posible infracción al principio non bis in ídem.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.