

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 2076 DE
2019 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

*Caso de Ministerio De Cultura
Colusión en licitaciones públicas*

Investigados:

*Desarrollamos Ingenieria Ltda Y
Proyectar Ingenieria S.A.S*

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.....	4
4. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA.....	4
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA.....	10
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	11

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 2076 DE 2019 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso Ministerio De Cultura

Colusión en licitaciones públicas

Investigados:

Desarrollamos Ingenieria Ltda Y Proyectar Ingenieria S.A.S

1. Introducción

La conducta que se tratará en esta resolución hace referencia a la existencia de un acuerdo colusorio para impedir la competencia por medio de la estructuración estratégica de un acuerdo entre los investigados en el marco del proceso MC-LP-031-2013 del Ministerio de Cultura.

2. Conductas imputadas

De acuerdo con la Resolución 70225 del 20 de octubre de 2016, 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 numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 entendido como el acuerdo colusorio en el marco de un proceso de contratación estatal y 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 una práctica cualquiera restringe la libre competencia se encuentra prohibida.

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 la investigación y señaló que de acuerdo con el acervo probatorio podría concluirse que existió un Sistema de coordinación entre PROYECTAR y DESARROLLAMOS, por medio de la implementación de un sistema de turnos, en el que se intercalaban la forma de participar en procesos consecutivos y de características similares, fijando ofertas con valores cercanos para incrementar la probabilidad de que alguno de los dos resultara adjudicatario y luego realizar la figura de Subcontratación en varios de los procesos con el fin de brindar beneficios a la empresa que hacía parte del acuerdo pero que no resultó adjudicaba.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1. La Superintendencia ofrece en su escrito ciertas consideraciones previas a la explicación del esquema anticompetitivo en el caso concreto. En efecto, sobre este punto afirma que la Libre competencia es el mecanismo más efectivo del Estado para que los ciudadanos reciban precios bajos y bienes de mayor calidad y las industrias competitivas.

Adicionalmente, Ratifica las afirmaciones que realiza la OECD en materia de carteles empresariales, puesto que la entidad dispone que tienen la característica de ser la más escandalosa violación de las normas de competencia, en razón a que perjudican a los consumidores incrementando precios, restringen la ofertas e innecesariamente aumenta los costos y afecta el presupuesto público asignado en materia contractual.

De igual forma, la Autoridad analizó los Presupuestos para la conducta de colusión los cuales corresponden a: un acuerdo entre 2 o más sujetos en donde conciertan acciones u omisiones con el objeto de afectar la libre competencia en los procesos de selección contractual, sin importar la forma jurídica que tome el mismo, la distribución de este o la alteración de los términos de propuestas.

4.2. Cabe resaltar que, el Despacho concluyó respecto a las normas imputadas que cuando una conducta se encuentra dentro de lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 relativo a la colusión, también se enmarca en la prohibición general, sin embargo, no toda violación a la prohibición general implica automáticamente una infracción al numeral 9 artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por lo tanto, al realizar una conducta consisten en una práctica anticompetitiva es procedente imputar también por la prohibición general porque también es una práctica procedimiento o sistema tendiente para limitar la libre competencia.

4.3. Con relación al mercado objeto de intervención, señala la Superintendencia lo siguiente, dado a que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado que estén en capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar; el mercado corresponde a cada proceso de contratación en el que se presentó la conducta restrictiva, es decir, en el caso concreto corresponde al proceso de licitación MC-LP-031-2013 del Ministerio De Cultura. Que tuvo como objeto *“contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin formula de ajuste, la reparación o rehabilitación y reforzamiento estructural de infraestructuras de carácter cultural afectadas por el fenómeno de la niña 2010-2011 en los municipios de Puerto Triunfo Y Dagua”*.

4.3. Teniendo en cuenta las consideraciones previas expuestas, el Superintendente señala que, realizaron numeral 9 art 47 del Decreto 2153 de 1992 y que los representantes legales son responsables por haber facilitado, modificado, colaborado la conducta contemplada en el numeral 9 del art 47 del decreto mencionado.

4.4. En la resolución de apertura la Delegatura afirmó que existía una estrecha larga y profunda relación de colaboración, en efecto, los agentes estructuraron estratégicamente las ofertas; afirmación que efectivamente acogió la Entidad, puesto que, la primera evidencia denota que ambas empresas compartían funcionarios de mayor relevancia en la estructuración de ofertas, por ejemplo:

- MARIA YAMILE OFEDA directora del Departamento de costos de proyectar cumpliendo roles fundamentales en las dos empresas investigadas, en ese sentido, se encontró en su computador la propuesta económica de ambas empresas incluso antes de que fueran publicadas en el SECOP.
- RUBEN SOLARTE: director de licitaciones de PROYECTAR preparó la parte documental de la oferta para PROYECTAR y DESARROLLAMOS, dentro del proceso contractual objeto de investigación.

Otra cuestión que demuestra la estrecha relación consistió en que ambas empresas se apoyaban en la gestión empresarial que determina la forma como se administran las empresas para desarrollar su objeto social, en efecto, compartían infraestructura y recursos humanos, al paso que compartían la misma dirección de oficina lo cual se pudo evidenciar a través de las visitas administrativas al domicilio de ambas empresas. Aún más relevante es el hecho de encontrar un archivo general conjunto en que se aprecia algunas carpetas que contienen archivos sobre la contabilidad de las dos empresas, hecho que es reconocido por varios de los investigados durante las entrevistas realizadas por los Delegados como es el caso de HENRY LOSADA representante legal de PROYECTAR quien afirmó que: *“las oficinas de PROYECTAR y*

DESARROLLAMOS son aquí mismo”.

Adicionalmente, compartían contadora, revisor fiscal, secretaria, mensajero y la persona encargada de la certificación de calidad. Incluso recibían remuneración por parte de una de ellas por servicios que prestaban en ambas, la justificación de la defensa se basó en afirmar que era un esquema para ahorrar costos, sin embargo, no hay ninguna razón lógica para que una empresa competitiva comparta sus mismos trabajadores.

Asimismo, se evidenció a través de la entrevista a HENRY LOSADA que existía un sistema de reembolsos que en realidad era un sistema de subcontratación el cual tenía como fin, dividir los pagos de los trabajadores, pero disfrazaban dicho pago por medio de unos reembolsos sobre gastos comunes que efectuaban contablemente mediante una factura de obra de manera que simulaban la ejecución del contrato.

Sumado a lo anterior, se encontró que DESARROLLAMOS Y PROYECTAR han tenido socios y administradores comunes desde su constitución, lo cual es una prueba más de la vinculación entre las investigadas.

El contexto que evidencia las estrechas relaciones entre los investigados no es un reproche en sí mismo ni constituye prueba de la existencia del cartel objeto de la presente Resolución, sin embargo, consiste en un elemento indiciario que explica el contexto que facilitó la realización del acuerdo colusorio.

4.5. Sobre las pruebas de la acción coordinada entre los investigados la Superintendencia encuentra acreditado que los agentes no actuaban de forma independiente, sino que su accionar se enfocó en el cumplimiento de una estrategia anticompetitiva destinada a la elaboración de propuestas complementarias, toda vez que, fueron estructuradas por las mismas personas, los requisitos habilitantes se gestionaron por un solo trabajador para las empresas investigadas y un empleado de PROYECTAR avaló la propuesta de DESARROLLAMOS, sin lo cual esta empresa no

hubiera podido participar, lo cual es a todas luces un razonamiento ilógico entre dos competidores que buscan actuar con todas las reservas posibles para lograr una ventaja competitiva en el momento de realizar las ofertas en los procesos contractuales.

En relación con lo anterior, la OECD ha manifestado que los documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia constituyen señales de advertencia para detectar la conducta colusoria.

De igual manera, la Superintendencia encontró coincidencias en cuanto a la forma de las propuestas de PROYECTAR y DESARROLLAMOS en la medida en que ordenaron de la mismas forma la presentación, el índice, viñetas idénticas.

De igual forma, Rubén Solarte director de licitaciones de PROYECTAR gestionó la consecución de certificados de parte y de MiPyme de ambas investigadas, los cuales eran requisitos para ser habilitados lo cual evidencia la gestión documental en conjunto, y que ambas empresas estaban enfocadas en hacer lo posible para que ambas se habilitaran y participaran en el proceso para obtener mayores probabilidades frente a sus verdaderos competidores.

Idéntica situación sucedió con la póliza de cumplimiento, estas gestiones de acuerdo con la Superintendencia se consideran fundamentales para ambas empresas, con el propósito de encontrarse habilitadas para participar en el proceso contractual. OSCAR HUMBERTO VALDÉS empleado de PROYECTAR fue quien avaló la propuesta de desarrollamos en su calidad de ingeniero y en el término del pliego de condiciones. Sin ese apoyo la empresa competidora no hubiera podido habilitarse, lo cual confirma aún más la tesis impuesta por la Autoridad.

4.5. Una vez, demostrada la potencialidad de la conducta para afectar la competencia no es relevante los argumentos económicos sobre la incapacidad de afectar a su favor las probabilidades de éxito, como quiera que la colusión ya se encuentra

demostrada., sin embargo, en el presente proceso, es posible evidenciar a través del análisis económico los incrementos artificiales sobre las probabilidades de PROYECTAR y DESARROLLAMOS.

Así las cosas, existen mecanismos en el proceso de selección que reducen la incertidumbre generada por factores aleatorios de calificación los cuales son impuestos por el mismo mecanismo de calificación. Entre estos elementos se encuentran:

1. Reglas de calificación de las ofertas económicas en todos los procesos de selección similares.
2. El número de proponentes era previsible con un alto grado de aproximación entre 8 y 10 personas.
3. El comportamiento histórico de los proponentes presentes en procesos anteriores era observable.
4. El rango en el que estarían los valores de las ofertas económicas que formularían los proponentes era limitado.

De la misma manera, la experiencia común de los proponentes permitió a los participantes reducir la incertidumbre propia del mismo, Así se les facilitó pronosticar los valores de las ofertas económicas de sus competidores.

Aunado a lo anterior, es evidente que al presentarse como independientes sin serlo le permitió aumentar hasta en un 25% La probabilidad de ganar, llevando a una desigualdad entre los investigados y sus competidores. Adicionalmente es importante la caracterización y entendimiento de las circunstancias en las que se relacionaban los investigados durante diferentes procesos de licitación.

Asimismo, se encontró probado un comportamiento secuencial de los investigados resaltado por la Delegatura y consistente en la participación alternada de PROYECTAR y DESARROLLAMOS en varios procesos consecutivos. En efecto, se

presentaron bajo el mismo consorcio en todos los casos MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERIA LTDA. De hecho, el mismo comportamiento se evidenció en procesos de la secretaría de recreación y deporte de Cali, aquí las empresas formaron consorcios con HECTOR HERNANDO CASTELLANOS.

4.6. Respecto a la imputación del artículo 1 de la ley 155 de 1959, la Superintendencia analiza que cuando se evidencia que un investigado vulnera lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1993 relativo a la colusión en procesos de contratación necesariamente hace lo propio con la prohibición general, así las cosas, al estar probado dentro del expediente que protector y desarrollamos infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 también infringieron 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 las sociedades **PROYECTAR INGENIERÍA SAS.** y a **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA,** infringieron lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.*

(...)

***ARTÍCULO QUINTO:** Declarar que los señores **HENRY LOSADA VÉLEZ** representante legal para la época de los hechos investigados; de **PROYECTAR INGENIERÍA SAS;** **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO,** representante legal de la sociedad **DESARROLLAMOS INGENIERIA LTDA.** Así como a **RUBEN DARIO SOLARTE,** director de licitaciones de **PROYECTAR INGENIERIA SAS.,** incurrieron en la responsabilidad*

establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

(...)”.

6. Análisis y conclusiones

Si bien el acontecimiento hechos que denotan las estrechas relaciones de dos competidores en cuanto a la gestión conjunta de la elaboración de la oferta, la utilización empleados en común para este fin y socios similares no significa en sí misma una conducta reprochable, no obstante, si a la anterior situación se le agrega que el trabajador de una de las empresas, fue quien dio el aval para las propuestas de DESARROLLAMOS y PROYECTAR, así como, otro de los trabajadores solicitó los documentos necesarios para la habilitación de ambas empresas e incluso la propuesta económica fue elaborada por la misma persona, es posible llegar a la conclusión de que esas evidencias son explicadas de manera razonable por la comisión de un acuerdo para aumentar de manera ilegal las probabilidades de resultar adjudicatarias como bien ocurrió en el caso concreto.

Adicionalmente, el contexto del programa de selección al cual se presentaron tiene muchos elementos que favorecen la mitigación de incertidumbres que son conocidas por ambas empresas, así las cosas, es posible concluir, que a través de todas las evidencia, como el número de proponentes, los costos, y las ventajas para los oferentes por lo tanto al actuar coordinadamente dichos elementos se mitigan, en ese sentido existió un esquema anticompetitivo que incrementó de manera artificial la posibilidad de resultar adjudicados en el proceso contractual público.

Respecto a la adecuación típica de la conducta al referido artículo 1 de la ley 155 de 1959 es posible afirmar que dicha norma se creó en razón a la complejidad de las dinámicas surgidas dentro de los mercados y de las actuaciones de los distintos agentes

que participan en ellos, Por lo tanto se hace muy complejo para el legislador establecer solo un listado taxativo de las conductas que resulten lesivas a la libre competencia, más aún cuando el proceso legislativo es menos flexible que los cambios dados en los mercados. Por lo tanto, la prohibición general permite recoger los actos, procedimientos, prácticas o sistemas que atenten contra los principios de la libre y sana competencia, pero que **no** puedan ser enmarcados dentro de alguno de los tipos anteriormente mencionados.

Así las cosas, la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 deberían enmarcarse únicamente en aquellas conductas que resulten contrarias a la libre competencia, pero que no puedan asociarse con ninguna de las listadas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

De lo contrario, podrá resultar contrario al ordenamiento jurídico una doble imputación y reproche a los mismos hechos lo que, a su vez, sería un error de tipificación de la conducta por parte de la Autoridad, en razón a que se violaría el principio de *"non bis in idem"* el cual se encuentra presente en los procesos administrativos sancionatorios, de acuerdo con la sentencia C 870 de 2002 en donde la Corte Constitucional afirmó que *"La jurisprudencia constitucional ha extendido el principio non bis in idem a un ámbito diferente al penal, puesto que ha estimado que éste forma parte del debido proceso sancionador. De tal manera que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable"*.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.