

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 85898 DE
2018 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso AEROCAFÉ
Conducta colusoria en Licitaciones públicas

Investigados:
Diconsultoría s.a. (diconsultoría),
Ingeniería tecnología y desarrollo idt ltda. - hoy idt s.a.s.- (idt),
castro flórez s.a.s.- (castro flórez),
CDC ingeniería ltda. ingeniería s.a.s.- (cdc),

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS.....	4
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	7
4. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	9
5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC.....	9

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 85898 DE 2018 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Caso AEROCAFÉ

Conducta colusoria en Licitaciones públicas

Investigados:

Diconsultoría s.a. (diconsultoría),

Ingeniería tecnología y desarrollo idt ltda. - hoy idt s.a.s.- (idt),

castro flórez s.a.s.- (castro flórez),

CDC ingeniería ltda. ingeniería s.a.s.- (cdc),

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 conductas coordinadas que resultan anticompetitivas porque impiden o dificultan la competencia en el marco de en los procesos de selección CM-AAC-001-2009 y CM-AAC- 002-2009 adelantados por la ASOCIACIÓN AEROPUERTO DEL CAFÉ (AEROCAFÉ) realizados para contratar la adjudicación de contratos de interventoría de la construcción de algunos de sus terraplenes.

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución No. 20396 del 30 de marzo de 2012, 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 la existencia de pruebas directas de la coordinación antes, durante y después del proceso de selección contractual, que daban cuenta que los agentes investigados participaron de manera coordinada y conjunta en los concursos de méritos CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009 adelantados por AEROCAFÉ.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1. Para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado que los Investigados infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber incurrido en un acuerdo colusorio dentro de los concursos de méritos CM-AAC- 001-2009 y CM-AAC-002-2009 adelantados por AEROCAFÉ.

4.2. El mercado relevante de las conductas colusorias se establece en razón a que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, en ese sentido, el mercado corresponde a cada proceso de contratación, Así las cosas, en el presente caso los mercados afectados corresponden a los procesos de selección CM-AAC-001-2009 y CNI-AAC-002-2009, a través de los cuales se adelantaron los concursos de méritos para la adjudicación de las interventorías de la construcción de los terraplenes 8 y 10 de AEROCAFÉ.

Cabe resaltar que los aspectos particulares de cada proceso contractual, son distintos, por un lado, el CM-AAC-001-2009 se abrió mediante la Resolución 107 del 30 de septiembre de

2009, este concurso de méritos, cuyo objeto era la "Interventoría técnica, administrativa y financiera de la construcción del terraplén No. 08 y las obras complementarias y necesarias para los terraplenes del Aeropuerto del Café. El consorcio adjudicatario de ese proceso fue EL CONSORCIO DICO IDT (DICONSULTORÍA, IDT y JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA). Por otro lado, el Concurso de méritos CM-AAC-002-2009 Se abrió mediante la resolución 108 del 30 de septiembre de 2009, en la cual se ordenó la apertura de este concurso de méritos, cuyo objeto era la "Interventoría técnica, administrativa y financiera de la construcción del terraplén No. 10 y las obras complementarias.

Cabe resaltar que, el Concurso de méritos busca contratar el servicio de disciplinas Intelectuales. Por lo tanto, en este tipo de contratos la experiencia representa un factor de competencia determinante.

4.3. Para la Superintendencia, Existe un hecho que contextualiza el acuerdo realizado por los investigados, consistente en la relación de cercanía comercial preexistente entre JAIME LLANO GARCÍA (RL DICO IDT y DICO IDT 2 y EDGAR CASTRO CASTRO y de los consorcios PALESTINA 8 y PALESTINA 10), en efecto, existió una fuerte relación comercial que coincidió con el periodo en que fueron adelantados los concursos CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009 estos sujetos fueron socios de la sociedad LAVICÓN. Conforme a lo anterior, existen eventuales razones para favorecerse y beneficiarse mutuamente en el momento en que los hechos objeto de estudio tuvieron lugar.

4.4. Igualmente, es posible indicar que la coordinación, abarcó no solo la conformación de las estructuras plurales con las que participaron en los correspondientes concursos de méritos, sino también la estructuración de las ofertas que se presentaron en los procesos mencionados. De acuerdo con lo anterior, se encuentra acreditado que EDGAR CASTRO, en contradicción de cualquier lógica competitiva, fomentó la asociación entre DICONSULTORÍA y JAIME ALBERTO LLANO, para que este último conformara los consorcios con los que compitió en su contra en los procesos de selección CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009.

Asimismo, para la Superintendencia resulta paradójico el hecho de que las propuestas de los consorcios representados por EDGAR ALONSO CASTRO fueran rechazadas en tales concursos, porque no acreditaron la experiencia necesaria, En otras palabras, este agente del mercado no resultó adjudicatario de los contratos por un factor esencial de competencia. Tal y como se dispuso en el Informe Motivado, carece de todo sentido y racionalidad competitiva el hecho de que un proponente gestione la conformación de un consorcio competidor con experiencia suficiente para que concurra a concursos de méritos con mejores posibilidades de ganar.

4.5. Adicionalmente, el Superintendente considera que aquella la evidencia más relevante en cuanto a la forma coordinada en la que se estructuraron las ofertas consisten en que JAIME ALBERTO LLANO sostuvo en su declaración que RODRIGO LÓPEZ ARANA y ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA (representante de IDT), ambos Integrantes de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2, sostuvieron reuniones con EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE quien era su supuesto competidor.

Con todo lo anterior, existen coincidencias en relación con las ofertas presentadas por los consorcios que manifiestan cada vez más la conducta anticompetitiva, como, por ejemplo, ambas empresas presentaron al mismo director de interventoría: CARLOS ENRIQUE ESCOBAR, aunque, los Investigados quisieron restarle Importancia a este hecho y adujeron que tal coincidencia obedecía a la dificultad del objeto contractual de los procesos de selección y al tamaño de Manizales., la Superintendencia consideró que ese argumento no es procedente, toda vez que no existen pruebas en el expediente que acrediten que el tamaño de Manizales y, mucho menos, las características del objeto contratado, incidieron negativamente la disponibilidad de directores de obra como los requeridos. En todo caso, si el tamaño de Manizales hubiera tenido alguna injerencia en la designación del director de interventoría, nunca se exigió que tal rol fuera ejercido por un profesional proveniente de tal ciudad, adicionalmente, los demás agentes del mercado que participaron en los procesos de selección presentaron directores de interventoría distintos.

El Despacho concluye que lo reprochable es el hecho de que entre dos supuestos competidores hayan existido recomendaciones mutuas sobre aspectos que eran determinantes para el buen devenir de los procesos de selección, pues esto, sin lugar a duda, según la Superintendencia, denota un actuar colaborativo que no se compadece con un ambiente de real rivalidad comercial.

De la misma manera, existen coincidencias en relación con el componente económico de las ofertas muestra de ello es que tanto en el proceso CM-AAC-001-2009 como en el proceso CM-AAC-002- 2009, los consorcios DICO IDT y PALESTINA 8 por un lado, y DICO IDT 2 y PALESTINA 10 por el otro, reportaron valores idénticos o, cuando menos, bastante similares entre sí, de hecho, En promedio, la diferencia de los valores totales entre PALESTINA 10 y CONSORCIO DICO IDT 2 fue de apenas el 0,007%.

Pues bien, la estimación de valores y porcentajes idénticos o bastante similares por parte de los consorcios investigados en aspectos como las prestaciones sociales, costos relacionados con las oficinas y costos de preparación de las propuestas, para la Superintendencia dan cuenta de un trabajo conjunto al momento de la elaboración de las ofertas económicas.

Adicional a lo expuesto, el Despacho del Superintendente, advirtió que existe una serie de similitudes de tipo formal en la presentación de las ofertas que, analizadas junto con el material probatorio antes expuesto, corroboran la existencia de un comportamiento colusorio por parte de los investigados en los concursos referidos como por ejemplo, los datos de contacto y condiciones de las pólizas de seriedad presentaban importantes identidades y los investigados lo argumentaron exponiendo que se dio en razón al tamaño de Manizales lo cual no tiene ningún sentido porque sería indicar entonces que solo existe una aseguradora en toda la ciudad.

Además de lo expuesto, la estrategia de coordinación se evidencia por la existencia

de vínculos contractuales que se presentaron entre los agentes investigados una vez adjudicado el proceso. Así as cosas, Las subcontrataciones estaban encaminadas retribuir la colaboración prestada por EDGAR ALONSO CASTRO en los concursos de méritos objeto de estudio, de otro modo, no existe una razón lógica al comportamiento durante los procesos de selección.

4.6. Respecto a la imputación del Artículo 1 de la ley 155 de 1959 por parte de la Delegatura en Pliego de Cargos, El Superintendente advierte que esta no fue clara en indicar el supuesto de la prohibición general que se estaba endilgando, ni aclaró si la imputación de esta norma se hacía en concordancia con la imputación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2135 de 1992, es decir, aduciendo que con una misma conducta se infringieron dos disposiciones (una de carácter general y otra de carácter especial) que serían objeto de una única sanción, o de manera independiente y autónoma.

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 DICONSULTORÍA 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 DICONSULTORÍA 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 analiza los Criterios necesarios para establecer la existencia de colusión bajo a través de la conformación de Consorcios, indicando que las relaciones previas y posteriores al proceso de selección contractual objeto de estudio, lo cual facilitó la conformación de las estructuras plurales que fingían competencia cuando en realidad actuaban de forma coordinada, así mismo, indico cuando no procede la prohibición general respecto a conductas colusorias como es el caso presentado.

Es así como se llega a la conclusión que, los Consorcios o uniones temporales, en ocasiones como la surgida en esta resolución, pueden resultar ser un instrumento idóneo para prácticas anticompetitivas, en la medida en que son un escenario ideal para el intercambio

de información por parte de los integrantes de los mismos, aun más cuando sus integrantes han tenido relaciones cercanas desde tiempo atrás. Vale la pena resaltar que, si bien son figuras lícitas, y que ayudan a la unión de esfuerzos entre los individuos o las empresas competidoras la OECD ha determinado como señales de alerta de un cartel en colusiones las siguientes indicaciones: Licitantes que tendrían condiciones para participar aisladamente del concurso presentan propuestas en consorcio o unión temporal o la frecuencia en que los oferentes se han unido a través de uniones temporales o consorcios para participar en otras licitaciones.

La presente resolución permea puntos interesantes respecto a la correcta imputación que debe realizar la Autoridad, porque a pesar de ser un régimen menos estricto que el derecho penal, es importante tener en cuenta que se le aplican los principios generales del proceso que en el se incluye el debido proceso, el derecho de defensa, el non bis in ídem, y otros que tienen como fin generar una seguridad jurídica y proteger el ordenamiento jurídico, así las cosas, la Entidad debe ser cuidadosa y explicar de qué manera se le aplica el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y en razón a que hechos y pruebas, aun cuando dicha imputación se realiza con base en hechos que dan lugar a un acuerdo colusorio que ya se encuentra tipificado en el decreto 2153 de 1992, dado que es pertinente indicar si dicho reproche se realiza en razón a la infracción una conducta sancionada de manera general y particular que serían objeto de una única sanción, o de manera independiente y se sanciona de manera autónoma.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.