



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 2076 DE 2019

(31 ENE 2019)

Radicación 14-32964

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992¹, el Decreto 4886 de 2011², y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 70225 del 20 de octubre de 2016³, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante "la Delegatura"), ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA** (en adelante "**DESARROLLAMOS**") y **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "**PROYECTAR**"), para determinar si actuaron en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública). Lo anterior, por la presunta realización de conductas anticompetitivas llevadas a cabo mediante la estructuración estratégica de sus ofertas, con el fin de distorsionar la competencia en el marco del proceso de selección MC-LP-031-2013, convocado por el **MINISTERIO DE CULTURA** (en adelante "**MINCULTURA**").

Asimismo, ordenó abrir investigación formal y formular pliego de cargos contra las personas naturales que a continuación se relacionan, vinculadas con las sociedades antes mencionadas, con el propósito de determinar si habrían incurrido 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. Lo anterior, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta imputada a las personas jurídicas. Dichas personas naturales son las siguientes:

- **DIEGO LUIS OCAMPO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**.
- **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**.
- **RUBÉN DARÍO SOLARTE**, director de licitaciones de **PROYECTAR**.

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa se inició a partir de la queja presentada por el Coordinador de Contratos y Convenios del **MINCULTURA**, mediante comunicación radicada con el No. 14-032964-0 del 17 de febrero de 2014⁴. En dicha queja, se advirtió a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la posible existencia de una conducta colusoria entre los proponentes **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR**, en el marco del arriba mencionado proceso de selección contractual MC-LP-031-2013. El objeto de este proceso de selección era contratar por el *sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste*, la reparación o rehabilitación y reforzamiento estructural de infraestructuras de carácter cultural afectadas por el

¹ Modificado por el Decreto 19 de 2012.

² Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

³ Folios 1571 a 1578 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente. Entiéndase que en la presente Resolución cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 14-32964.

⁴ Folios 1 al 14 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

fenómeno de la Niña 2010-2011, en el marco del proyecto Espacios de Vida, ubicadas en los municipios de Puerto Triunfo - Antioquia y Dagua – Valle del Cauca.

Según la queja del **MINCULTURA**, la posible conducta colusoria fue puesta de presente por el **CONSORCIO TL FUREL** en la audiencia de adjudicación de dicho proceso de selección contractual. En dicha queja se afirmó, entre otras cosas, que analizadas las propuestas presentadas por **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR**, se encontraban elementos que permitían concluir que habrían sido elaboradas de común acuerdo entre ambos proponentes⁵.

TERCERO: A partir de la denuncia referida, la Delegatura ordenó una averiguación preliminar con el fin de determinar la ocurrencia de posibles conductas anticompetitivas. Agotada la averiguación preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 70225 del 20 de octubre de 2016 (en adelante "Resolución No. 70225 de 2016" o "Resolución de Apertura de Investigación")⁶, mediante la cual se imputó a **DESARROLLAMOS** y a **PROYECTAR** la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública), en el marco del proceso de licitación número MC-LP-031-2013 adelantado por el **MINCULTURA**.

La Resolución de Apertura de Investigación soportó la imputación a **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR** sobre la base de que presuntamente no hubo una participación individual y competitiva por parte de dichos agentes de mercado en el proceso de licitación número MC-LP-031-2013 adelantado por el **MINCULTURA**. Lo anterior, toda vez que (i) se encontró un documento de **PROYECTAR** en la oferta de **DESARROLLAMOS** y viceversa, (ii) presentaron sus ofertas con similitudes en forma y estructura y (iii) se evidenció que las pólizas de seguro de las ofertas tuvieron el mismo intermediario de seguros y fueron expedidas el mismo día.

La Delegatura fundamentó lo señalado en evidencias encontradas en (i) los documentos que integraron las propuestas presentadas por **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR**, (ii) las visitas administrativas practicadas el 24 y el 25 de abril de 2014, (iii) las declaraciones rendidas en la etapa preliminar y (iv) el análisis de las ofertas económicas presentadas por **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR**.

Además, la Resolución de Apertura de Investigación imputó a **DIEGO LUIS OCAMPO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, haber incurrido 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. Esta imputación fue soportada principalmente en que, por las facultades directivas de sus cargos en las empresas investigadas, ellos tuvieron la posibilidad de decidir sobre sus lineamientos para presentarse presuntamente en forma conjunta y mancomunada en el proceso MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, y corridos los términos para solicitar y aportar pruebas⁷, los investigados presentaron sus descargos mediante los documentos radicados con los No. 14-032964-102⁸ y 14-032964-103⁹ del 30 de noviembre de 2016.

QUINTO: Que mediante Resolución No. 22906 del 3 de mayo de 2017¹⁰, la Delegatura ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados y rechazó otras. Asimismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

⁵ Queja presunta colusión licitación pública MC-LP-031-2013, pp. 11-12, folio 11 a 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶ Folio 1578 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁷ Decreto 2153 de 1992, artículo 52, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁸ Folio 1628 a 1714 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁹ Folio 1715 a 1755 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

¹⁰ Folio 1760 a 1763 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

SEXTO: Que el 22 de diciembre de 2017, luego de culminar la etapa probatoria¹¹ y realizada la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")¹², en el cual recomendó declarar administrativamente responsables y sancionar a todos los investigados.

El Informe Motivado soportó dicha recomendación sobre la base de consideraciones relacionadas con la relación de contexto entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** y las pruebas que dan cuenta de la acción coordinada de los investigados para configurar el comportamiento anticompetitivo en el proceso MC-LP-031-2013. A continuación se procederá a resumir los argumentos de la Delegatura.

- Existe material probatorio que permitió concluir que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** habían tenido una relación estrecha desde su constitución, relación que se ha mantenido en el tiempo.

La Delegatura fundamenta esta conclusión en que (i) durante algunos períodos las compañías tuvieron socios en común, (ii) existen coincidencias en personas que han tenido la calidad de administradores respecto de las dos personas jurídicas y (iii) la gran mayoría de los contenidos de su objeto social son idénticos. Esas son características que difícilmente se presentarían entre sociedades que carecieran de una estrecha vinculación.

- La dirección que suministró el representante legal de **DESARROLLAMOS** corresponde al domicilio de **PROYECTAR**, oficinas en donde preparaban sus propuestas¹³.
- Se acreditó que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, desarrollaban funciones de trascendental importancia para la participación en procesos de selección contractual tanto para **PROYECTAR** como para **DESARROLLAMOS**.
- Se evidenció que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** compartían la contadora y el revisor fiscal. Así, **PROYECTAR** asumía los costos por el trabajo que realizaba la contadora para ambas compañías, mientras que **DESARROLLAMOS** se encargaba del pago al revisor fiscal por las labores que realizaba para las dos empresas.
- **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** compartían los servicios de secretarías, el mensajero y la persona encargada de la certificación de calidad.
- Para la Delegatura, otra circunstancia que demuestra una estrecha relación de contexto entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** consiste en el sistema de reembolso que estructuraron las compañías. Según el Informe Motivado, cuando surgía la necesidad de que alguna de las empresas le hiciera un reembolso a la otra, simulaban la ejecución de una obra.
- Además, según el Informe Motivado, **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** (i) se subcontratan regularmente para la ejecución de contratos cuya adjudicación lograron de manera individual y (ii) contratan empleados de la otra para el desarrollo de sus respectivos objetos sociales. En criterio de la Delegatura, ambas empresas trabajaban en condiciones en las que, al final, la victoria de una beneficiaba a ambas. Por lo tanto, para la Delegatura, ganara la empresa que ganara, la otra empresa se beneficiaba mediante subcontrataciones o a través de contrataciones a empleados, entre ellos los representantes legales.
- **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, se encargó de estructurar los aspectos documentales para la formulación de las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**. Así, entre otras actividades, él obtuvo los certificados de responsabilidad fiscal, antecedentes judiciales y antecedentes disciplinarios para

¹¹ Resolución No. 35239 del 16 de junio de 2017. Folios 1834 a 1836 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

¹² Mediante memorando No. 14-32964-173-2 del 21 de diciembre de 2017. Folio 1965 a 2019 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

¹³ Folio 1984 a 1985 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

PROYECTAR —empresa con la que tenía un vínculo laboral—, y para **DESARROLLAMOS**, así como para sus respectivos representantes legales. Además, solicitó al intermediario de seguros la expedición de las pólizas de seriedad de las ofertas para ambas empresas y solicitó a **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, los certificados de pago de aportes y certificados de mipyme para ambas empresas.

- **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, elaboró los aspectos económicos de las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.
- **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, gestionó la obtención de la información financiera para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.
- **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, empleado de **PROYECTAR**, y, más específicamente, asistente de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, abonó o avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**.
- Desde la perspectiva económica, los proponentes tenían suficientes elementos de juicio que les permitían predecir, con un grado razonable de aproximación, factores como el número de competidores y el rango en el que se ubicarían sus ofertas, lo cual resultaba indispensable para llevar a cabo la estrategia de su sistema de colaboración.
- En varios procesos de selección —incluyendo el proceso objeto de investigación— los valores de las ofertas de los investigados resultaron considerablemente cercanos y ubicados cerca de la media que podían esperar a partir del análisis de los factores anteriormente señalados.
- Los investigados empleaban una estrategia consistente en fijar sus ofertas económicas con valores muy cercanos, con el propósito de incrementar la probabilidad de que, en el evento en que el criterio de evaluación de las propuestas que fuera determinado correspondiera a alguno de los valores medios previstos en el pliego de condiciones, ese valor medio resultara ubicado más cerca del punto en el que los investigados formularon sus ofertas. La consecuencia de esa estrategia sería, aumentar la probabilidad de que los investigados resultaran adjudicatarios de los contratos correspondientes.
- Se evidenciaron otros comportamientos de carácter estratégico de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** como el denominado "sistema de turnos" que los investigados conformaron para participar en determinados procesos de selección consecutivos y de características similares, sistema que además adelantaron mediante consorcios conformados con las mismas personas.
- Finalmente, respecto a la responsabilidad de las personas naturales, la Delegatura consideró que **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS** y **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, participaron en la estructuración y ejecución del sistema de coordinación llevado a cabo en el marco del proceso MC-LP-031-2013 y, teniendo la capacidad para impedirlo o terminarlo, dejaron que se materializara y se beneficiaron por su resultado. Por su parte, el Informe Motivado señaló que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, se encargó de obtener los documentos necesarios para que **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR** formularan sus propuestas.

SÉPTIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes dentro del término legal manifestaron sus observaciones al mismo. A continuación se resumen sus argumentos.

7.1. Observaciones presentadas por PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO¹⁴

- En la investigación de la Delegatura no se materializan los elementos que configuran una colusión en licitaciones porque el comportamiento de las personas jurídicas y naturales

¹⁴ Folios 2024 a 2060 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

investigadas en ningún momento impidió la materialización del derecho a la libre competencia. Por lo tanto, contrario a lo que se afirma en el Informe Motivado, los agentes investigados siempre han actuado de forma independiente en el mercado y en ningún momento han dejado de rivalizar entre sí, *"en persecución de sus intereses individuales e independientes"*.

- La valoración del material probatorio ha sido errada porque solo se ha tenido en cuenta una valoración que se ajusta a la teoría del caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, *"pero en ningún caso se han valorado los argumentos de la defensa y mucho menos se han controvertido"*.
- La Superintendencia de Industria y Comercio es la que tiene la carga de la prueba respecto de establecer y probar efectivamente las conductas de los investigados. En consecuencia, *"pareciera que dicha carga de la prueba y ese respeto por los derechos fundamentales de los investigados no se ha respetado"*.
- En el presente caso, la prueba indiciaria está siendo valorada a conveniencia de la autoridad y sin una debida motivación. En efecto, aunque la defensa no rechaza que la prueba indiciaria sea reconocida en el ordenamiento jurídico colombiano, se critica que la Delegatura no utiliza estos indicios para explorar o valorar una teoría del caso diferente a la propia.
- Resulta en una violación al derecho de defensa y al debido proceso que los indicios utilizados por la Delegatura se basen en pruebas, hechos o procesos de selección que no son materia de la presente investigación.
- La Delegatura incurre en contradicciones al valorar las declaraciones rendidas en la averiguación preliminar y en el desarrollo de la investigación por las siguientes razones:
 - (i) En algunos casos sí da valor probatorio a aquellas que fueron rendidas en la etapa de averiguación preliminar por considerarlas más espontáneas y cercanas a los hechos objeto de investigación. Sin embargo, cuando le conviene probar otros de sus argumentos porque se ajustan a su teoría del caso, le otorga valor probatorio a las que denomina ratificaciones en la etapa de investigación.
 - (ii) En su acto de pruebas, la Delegatura no decretó ratificaciones de las declaraciones rendidas en la etapa de averiguación preliminar, sino declaraciones de parte para los investigados y testimonios para personas naturales que no son investigadas.
 - (iii) Durante la práctica de esas declaraciones y testimonios, no se les informó a los testigos o investigados que el objeto de las mismas era ratificar las declaraciones rendidas en la etapa de averiguación preliminar. Y, no obstante lo anterior, la Delegatura decidió restarles credibilidad a los testigos por evidenciarse *"algunas contradicciones en su dicho"*, indicando que la última versión no reemplaza la primera.
 - (iv) Finalmente, los testigos e investigados no hicieron uso de la figura de retrácto de sus afirmaciones. Por el contrario, lo que hicieron fue poner en contexto al Despacho, lo cual en ningún caso puede ser calificado como acto de mala fe ni restarle credibilidad a lo dicho por el testigo.
- El denominado material probatorio con el que la Delegatura pretende acreditar que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** incurrieron en un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica corresponde en su gran mayoría a pruebas que no tienen relación con el objeto de la investigación. Esto es, con el mercado objeto de investigación, es decir, el proceso MC-LP-031-2013, el periodo en el que se adelantó dicho proceso y *"mucho menos los cargos que le fueron formulados a mis representados"*.
- El material probatorio relativo a relaciones profesionales o personales preexistentes entre oferentes no es censurable, de acuerdo con precedentes de la Superintendencia de Industria y Comercio, como el establecido en la Resolución No. 53914 de 2013.
- No puede calificarse como un indicio de la existencia de un acuerdo colusorio el hecho de que las empresas durante algunos periodos hubieran tenido socios en común. La Delegatura consideró sospechoso que **CARMENZA ARCILA MONTOYA** (accionista de **PROYECTAR**) y

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

esposa de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal y actual accionista de **PROYECTAR**, hubiera sido socia de **DESARROLLAMOS** desde 1995 hasta 1998. Para la defensa esto es inadmisibile porque: (i) ocurrió hace 20 años, (ii) viola el principio de buena fe a favor de **CARMENZA ARCILA MONTOYA**, (iii) se censura por un hecho de un tercero y, (iv) se cuestiona a **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, el hecho de que hubiera reconocido que su esposa fue socia de **DESARROLLAMOS**, calificando su afirmación de forma sospechosa.

- El cargo de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, como socio y representante legal de **DESARROLLAMOS** en 2004, no impedía su participación en otras sociedades.
- Que las dos empresas cuenten con el mismo objeto social en su Certificado de Existencia y Representación no es indicativo de un acto restrictivo de la competencia en el mercado relevante.
- La Delegatura habla de un "sistema de coordinación" entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** sin que en la investigación se haya comprobado dicho sistema.
- La base sobre la que la Delegatura fundamenta el argumento del sistema de coordinación es que es que las empresas investigadas compartían la oficina 807 de la torre Valle de Lili, ubicada en la carrera 100 No. 11-90 de la ciudad de Cali y que corresponde al domicilio de **PROYECTAR**. Ello se presenta porque las empresas investigadas operaban bajo un esquema de colaboración administrativa cuando actuaban bajo el esquema de consorcio. Y ello se aplica no con **DESARROLLAMOS**, sino con todas las empresas con las que **PROYECTAR** se une a través de la figura consorcial.
- Para la época en la cual se llevó a cabo la visita administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se encontraba vigente un consorcio entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, lo que explica la presencia de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, en las instalaciones de **PROYECTAR**.
- "*Teniendo en cuenta la relación estrecha que han sostenido **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS***", resultó más eficiente para las empresas reducir los costos y compartir un esquema de colaboración conjunta en el que el personal administrativo atiende las necesidades de las dos empresas. Sin embargo, dicho personal no tiene poder de decisión estratégico dentro de ambas organizaciones y atiende instrucciones de manera independiente por parte de los dos gerentes.
- Respecto a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, y **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, la Delegatura "*no cuenta con pruebas que evidencien que estos dos funcionarios elaboraban propuestas de manera coordinada para las empresas investigadas*". Por el contrario, la Delegatura "*cuenta con elementos de prueba suficientes que permiten evidenciar que las propuestas eran elaboradas de manera independiente y solo se elaboraban de manera conjunta en aquellos casos en los que las empresas investigadas participaban a través de consorcios*". No obstante lo anterior, las declaraciones que explicaban la situación antes referida fueron omitidas por el Informe Motivado.
- La defensa no ha negado que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, prestó apoyo como un favor personal a **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **PROYECTAMOS**, para la obtención de documentos como certificaciones que eran descargadas de un computador o solicitadas a la compañía aseguradora y/o obtenidas por el mensajero. Sin embargo, este hecho aislado no puede ser la prueba que determine la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia.
- La Delegatura viola el principio de buena fe del contador y el revisor fiscal al parecerle sospechoso que dos sociedades compartan sus servicios aun cuando la naturaleza de esta profesión liberal no tiene ninguna restricción que lo impida.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- El sistema de reembolsos del cual habla la Delegatura está descontextualizado, ya que hace referencia a reembolsos de gastos administrativos que se presentan cuando las empresas se encuentran bajo la figura de consorcio.
- La Delegatura realizó un ejercicio contable a partir del cual concluyó que las empresas investigadas *"se subcontratan de manera frecuente para la ejecución de obras cuya adjudicación hubieran obtenido mediante una participación individual en algún proceso de selección"*. Este ejercicio fue incorrecto porque (i) el pago lo hizo **DESARROLLAMOS** a **PROYECTAR** y no al revés, (ii) el proyecto ejecutado correspondía a una licitación privada adelantada por la Fundación Hospital San José de Buga cuyo objeto era la remodelación, adecuación y ampliación del sector 1 de la central de urgencias, y (iii) dicho proceso no corresponde a ninguno de los erradamente usados por la Delegatura como prueba para soportar un sistema de turnos, que solo hasta el Informe Motivado conoce la defensa y que no hacía parte de la formulación del Pliego de Cargos.
- La subcontratación de servicios no es indicativa de la carencia o falta de una relación de competencia entre dos agentes del mercado. Tampoco está prohibida por la ley. Además, es una práctica común en el sector de la construcción. Y, en cualquier caso, no es prueba de la existencia de una colusión.
- **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** llevan un largo periodo de tiempo participando en el mercado de compras públicas, es así como era factible -para ellas y para cualquier compañía en la misma rama de actividad- prever el universo de proponentes y las condiciones generales para elaborar las ofertas.
- La solución de un juego no cooperativo se ve influenciado por los esquemas de aprendizaje de los participantes, pues repiten estrategias que tuvieron éxito en situaciones similares. Así, los participantes en juegos repetitivos pronostican los resultados basándose en su experiencia, es decir, existen puntos estacionarios de equilibrios denominados de expectativas cumplidas que constituyen equilibrios perfectos de Markov y Maskiv.
- Los factores que según la Delegatura otorgaron ventaja a los investigados, anulando la selección aleatoria del mecanismo de selección, no pasarían de constituir un conocimiento adquirido gracias al aprendizaje en este tipo de interacciones.
- La Delegatura, en su afán de encontrar un patrón de colusión, resaltó las aparentes estrechas diferencias existentes entre las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, intentando evidenciar una estrategia que buscaba reducir la dispersión de las ofertas económicas en aras de anclar la media.
- La Delegatura, al afirmar que las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** se diferenciaban en menos de 1%, pretendió demostrar que existía poca dispersión entre los valores ofertados por los investigados. Sin embargo, no efectuó un análisis estadístico que demostrara si, en el rango de habilitación de las propuestas, las distancias entre las ofertas eran significativas, y tampoco evaluó las diferencias con el resto de participantes.
- Para cada uno de los procesos utilizados por la Delegatura como contrafactual se calculó la desviación estándar de la muestra de datos en función de la media que se hubiese determinado, con el fin de tener una medición de la distancia de cada oferta en términos de desviaciones estándar. Para el proceso SEM-SA-4143-08-2012 se encontró que la propuesta de **DESARROLLAMOS** se ubicó a 0,11 desviaciones estándar de la media geométrica, mientras que la de **PROYECTAR** a 1,92 desviaciones estándar, veinte (20) veces la distancia estandarizada al valor de la oferta de **DESARROLLAMOS**. Los resultados obtenidos muestran que la mayor distancia a la media geométrica fue el valor ofertado por **PROYECTAR**, lo cual sería incongruente con la hipótesis de comportamiento estratégico presentada por la Delegatura, según la cual se buscaba reducir la dispersión de los datos con el fin de anclar la media del proceso de licitación, permitiendo incrementar la probabilidad de éxito en el proceso.
- Para el proceso SEM-SA-4143-09-2012 la distancia en términos de desviaciones estándar entre **PROYECTAR** (2,22) y **DESARROLLAMOS** (0,36) fue casi siete (7) veces, siendo la propuesta de **PROYECTAR** la más distante en términos estandarizados a la media geométrica.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- Para el proceso LP-148-2012 la distancia a la media geométrica en términos de desviaciones estándar entre **PROYECTAR** (0,31) y **DESARROLLAMOS** (0,02) fue un poco más de diez (10) veces, siendo la propuesta de **PROYECTAR** la más distante en términos estandarizados a la media geométrica.
- Para el proceso MC-LP-031-2013, teniendo en cuenta los proponentes habilitados, la distancia a la mediana de la propuesta de **PROYECTAR** corresponde a 1,35 veces la desviación estandarizada. La oferta de **PROYECTAR** constituía el máximo valor ofertado entre todos los proponentes.
- La mediana como medida de tendencia central no recoge información alguna del conjunto de datos, puesto que *"para el cálculo de la mediana lo que se hace es ordenar de manera descendente los valores y escoger el valor central cuando el número total de propuestas sea impar, o el promedio de los dos valores centrales cuando el número de propuestas es par"*.
- El ejercicio de la Delegatura más allá de ser ilustrativo, no aporta ningún valor probatorio para el presente caso, puesto que factores exógenos, como la habilitación de algún proponente, podría haber afectado el valor de la mediana.
- La conclusión de la Delegatura según la cual *"la formulación de ofertas cercanas en un conjunto de propuestas, independientemente del tamaño del conjunto resultante, incrementa la probabilidad de que las medidas de tendencia central de ese conjunto, resulte en un punto cercano de aquel en el que se ubiquen las ofertas similares"* no hace sentido, pues no es cierto que las ofertas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** presenten poca dispersión en ninguno de los ejemplos presentados.
- Con un comportamiento cooperativo se esperaría que los investigados hubiesen desplegado una estrategia que les asegurara incrementar la probabilidad de éxito ante las condiciones iniciales del proceso licitatorio, esto es, la existencia de 6 competidores adicionales. Sin embargo, de la simulación de qué oferente hubiese sido el ganador de la licitación MC-LP-031-2013, objeto de esta investigación, considerando que no hubiesen sido rechazados varios de los potenciales competidores, se tiene que, bajo ninguno de los escenarios previstos en la licitación, ni **PROYECTAR** ni **DESARROLLAMOS** hubiesen ganado el proceso.
- Para determinar la probabilidad de éxito de la estrategia cooperativa que según la Delegatura desplegaron **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, se realizó un ejercicio de simulación de Montecarlo para una distribución uniforme con 100.000 repeticiones para las propuestas de los potenciales competidores en el rango de habilitación, encontrando que la probabilidad de éxito de la supuesta estrategia cooperativa, dado el valor de las ofertas económicas de los investigados, era de tan solo 10,04%, lo que permite concluir que dicha estrategia no constituye un mecanismo idóneo para mejorar el valor esperado de los ingresos de los investigados.
- El propósito del ejercicio económico realizado por la Delegatura para invalidar el presentado en los descargos de **PROYECTAR** no es correcto. Esto porque el investigado solamente pretendía, de manera ilustrativa, realizar un contraste con el análisis de la Resolución de Apertura de Investigación y demostrar la ausencia de un patrón de concentración en los precios unitarios en el proceso MC-LP-031-2013.
- La mediana de los datos de precios relativos por ítem de **PROYECTAR** es más alta que la de **DESARROLLAMOS**. A su vez, en la oferta de **DESARROLLAMOS** se evidencia mayor dispersión de los precios relativos por ítem que en la oferta de **PROYECTAR**. Lo anterior permite concluir que los precios relativos por ítem de **PROYECTAR** se concentran en niveles más altos; esto es, más cerca a los valores del presupuesto oficial, lo que demuestra que los mismos no se comportan según el patrón que caracteriza la presunta estrategia de comportamiento coordinado que aduce la Delegatura.
- El análisis que presentó la Delegatura respecto del sistema de turnos para la adjudicación de los procesos licitatorios en los que se presentan los investigados no pasa de ser un ejercicio, donde en función a su regla de valoración, se identifican unas coincidencias, y no demuestra la motivación del supuesto comportamiento, es decir, no evaluó los beneficios de adoptar un comportamiento estratégico de colusión frente al escenario de competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- Dado que la Delegatura omitió establecer la existencia de una vulneración al régimen de competencia, la responsabilidad de las personas naturales tampoco se verificó.
- Dado que la utilidad derivada del contrato no supera los 110 millones de pesos, tampoco habría existido un móvil para el beneficio económico derivado del contrato.

7.2. Observaciones presentadas por **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**¹⁵

- El único juicio de valor válido es aquel que se realice respecto de los aspectos que comportan o interesan al mercado relevante, es decir, al proceso de selección contractual MC-LP-031-2013, adelantado por el **MINCULTURA**. En consecuencia, razonamientos ajenos o externos a ese proceso, no deben considerarse como apropiados.
- Dar fuerza vinculante y carácter probatorio a documentos presuntamente encontrados en el computador de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, correspondientes a otros procesos de selección distintos al investigado, demuestra la falta de solidez y de contundencia de las acusaciones de la Delegatura. En los términos de la Resolución de Apertura de Investigación, el juicio de reproche y supuesta responsabilidad que se le endilga a los investigados es específico y no en abstracto por crear supuestas distorsiones dentro de un mercado claramente definido como lo es el proceso de selección contractual MC-LP-031-2013.
- Fundamentar acusaciones con base en supuestos de hecho ajenos al proceso de selección investigado, *"permite temer y con suficiente razón que la Autoridad podría estar adelantando una investigación paralela, de forma oculta pasando por encima de las garantías fundamentales propias del derecho de defensa y contradicción de los investigados (...), por lo que desde ya se advierte y deja constancia sobre la eventual existencia de una nulidad grave insanable (sic) de este proceso"*.
- El Informe Motivado parte del supuesto falso de que los investigados debían haber comparecido para ratificar lo dicho en las declaraciones suministradas en etapa de averiguación preliminar. Y lo que es peor, que sus declaraciones consistieron en presuntas retractaciones. En efecto, los investigados fueron citados para rendir declaración sobre la relación entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, así como acerca del esquema de colaboración, y no para ratificar cualquier otra declaración suministrada durante la etapa de averiguación preliminar. Por lo tanto, el juicio de valor de la Delegatura sobre dichas declaraciones es contrario a cualquier análisis lógico y abiertamente contrario a derecho.
- Las declaraciones de los investigados no fueron retractaciones a lo dicho durante la etapa de averiguación preliminar. Por el contrario, lo que se presentó fueron, en el mejor de los casos, aclaraciones. Que existan contrastes o matices entre el momento de la declaración durante la etapa de averiguación preliminar y la declaración en la etapa probatoria bajo ninguna circunstancia obedece a cambio de versiones o retractaciones.
- Por otra parte, cada medio de prueba que compone el Expediente fue convenientemente calificado por la Delegatura, quien de manera sorpresiva y sin fundamento, se aventuró a sacar conclusiones tendenciosas que desdibujan la actividad legítima de agentes de mercado que simplemente se ciñeron a la libertad de empresa. Así, por ejemplo, las declaraciones de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, para cualquier persona libre de intereses o pasiones parecerán correspondientes a una actividad lícita y transparente.
- Hay una ausencia de análisis económico suficiente y la Delegatura no cuenta con soportes estadísticos, financieros y ni siquiera contables que den cuenta de la efectiva ocurrencia de una práctica restrictiva de la competencia.
- El análisis de frecuencia, en virtud del cual la Delegatura aseguró haber encontrado un alto nivel de concentración en la fijación de precios, fue elaborado de manera errada.

¹⁵ Folio 2062 a 2093 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- El actuar de los investigados no constituye una conducta típica, antijurídica y culpable.
- En cuanto a la tipicidad, ninguna conducta de los investigados puede calificarse como idónea para distorsionar ni siquiera de manera levisima un mercado, ni mucho menos, para la configuración de práctica comercial restrictiva alguna.
- En cuanto a la antijuricidad, en el presente caso no hay daño antijurídico toda vez que el bien jurídico tutelado, es decir, el mercado mismo, no sufrió afectación alguna. Esto porque los procederes de los investigados lo que han hecho es promover eficiencias. Más aún, en términos de calificación, mi representada fue debidamente calificada y, en todo caso, el servicio propuesto fue prestado en debida forma.
- Y en cuanto a la culpabilidad, no se puede imputar ni mucho menos atribuir una responsabilidad objetiva. La administración debe, previo a imponer una sanción, establecer de manera inequívoca que la conducta reprochada en efecto tuvo ocurrencia, y que tuvo lugar bajo el presupuesto de una intensión dolosa o gravemente culposa. Así las cosas, en este caso, no hay culpabilidad porque la supuesta infracción e intención son inexistentes, toda vez que, como se ha demostrado, las actuaciones de los investigados derivan del ejercicio de principios constitucionales de libertad de empresa.
- Dada la particularidad del caso que nos ocupa y, especialmente, la ausencia de solidez en los argumentos de la Delegatura para estructurar un verdadero y soportado juicio de responsabilidad para este caso, es válido acudir a conceptos con fuerza vinculante capaces de crear precedente, entre ellas decisiones administrativas anteriores. Si bien frente a este caso concreto, la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con elementos suficientes para crear una doctrina probable, no es menos cierto que sí ha analizado casos con idénticas aristas. Ese caso es la Resolución 40835 de 2013 en la que la Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo lo siguiente:

"Las coincidencias documentales encontradas en las propuestas presentadas por las investigadas en la Licitación demuestran que, o bien existieron coincidencias derivadas del hecho de que las investigadas han participado previamente en procesos licitatorios por lo cual tienen recursos y formatos similares, o bien que compartieron recursos administrativos para armar sus propuestas, no siendo ninguno de los eventos ilegal. Sin perjuicio de que existan coincidencias administrativas, no fue posible demostrar que esa conducta hubiera tenido por objeto coludir en la Licitación, o que hubiera tenido el efecto de distribuir la adjudicación del contrato o de fijar los términos de las propuestas"¹⁶.

Teniendo en cuenta este aparte, el presente caso debería correr una suerte idéntica al aludido, es decir, archivarse la investigación. Lo anterior, porque todos los elementos que han sido acopiados y empleados por la Delegatura para crear una supuesta línea argumentativa sobre la existencia de un actuar coordinado y colusorio coinciden con el archivado mediante la arriba señalada resolución.

- El comportamiento de **DESARROLLAMOS** y de **DIEGO LUIS OCAMPO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, en asocio con los otros investigados, no responde realmente a lo que puede entenderse como un sistema colusorio. En efecto, su conducta fue realizada con buena fe y sin ánimo de favorecer a nadie ni restringir la posibilidad de participación de ningún agente del mercado.
- No se encuentra probado que **DESARROLLAMOS** o **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, hubieren promovido observaciones malintencionadas, preparado ofertas con precios exorbitantes o reducidos, ni presentado ofertas con el ánimo de retirarlas (pues la oferta se mantuvo firme hasta el final del proceso de selección).
- Es improcedente hablar de la existencia de un presunto "carrusel" cuando se trata de un solo proceso de selección.

¹⁶ Folio 2077 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- No hay ninguna prueba que acredite la existencia de una conducta que pueda considerarse como idónea para constituir una repartición de mercados.

OCTAVO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 31 de mayo de 2018 sesionó el Consejo Asesor de Competencia¹⁷, el cual recomendó unánimemente sancionar a los investigados.

NOVENO: Que, habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

9.1. Competencia funcional

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹⁸, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras, "*[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

Asimismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que "*[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas*".

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido, "*[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal*".

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas, y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

9.2. Marco normativo

En el presente caso, mediante la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura formuló cargos contra **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR** por la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública).

Así, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

¹⁷ Acta No. 71 del Consejo Asesor de Competencia del 31 de mayo de 2018.

¹⁸ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"Artículo 1. Modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963. **Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos**".

(...)" (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

Por su parte, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece lo siguiente:

"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Adicionalmente, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos a **DIEGO LUIS OCAMPO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, **HENRY LOSADA VELEZ**, representante legal de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, para determinar si actuaron en contra 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, en el proceso de licitación MC-LP-031-2013" adelantado por el **MINCULTURA**.

Así, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones Del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: (...)

16. 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:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada".

9.3. De las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación estatal

La libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc.

Pero estos beneficios de la libre competencia económica se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas conductas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia económica, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos sino de unos pocos. Estas prácticas comprenden los carteles empresariales y los actos de abuso de posición dominante en el mercado. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "OCDE"), los carteles empresariales constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros¹⁹.

Por su parte, la adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permite el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección y, con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado.

De esta manera, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

Para que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma jurídica que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de "acuerdo" contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como "[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas".

Así las cosas, lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado²⁰:

"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el

¹⁹ Tomado de OCDE, 1998. Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.

²⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

15,8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.²¹

Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado."

Tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades²², la colusión en la contratación estatal puede producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irreparable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Por lo anterior, este tipo de conductas son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas.

Ahora bien, se resalta que cuando una conducta se encuadra dentro de lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 relativo a la colusión en procesos de contratación pública, también se encuadra en la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Sin embargo, esto no implica que toda violación a la prohibición general también implique automáticamente una infracción a lo consignado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992²³.

Por otra parte, de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada en el Informe Motivado y en decisiones anteriores de este Despacho²⁴, el acatamiento de los principios y fines de la contratación pública está atado al respeto del régimen de competencia económica. Y el régimen de competencia se acata, entre otras, cuando los proponentes son autónomos y las propuestas que presentan son secretas. Al respecto, la sentencia C-415 de 1994 señaló lo siguiente:

"No puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga la oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia. Para el efecto es de rigor que se mantenga el secreto de las propuestas hasta el momento en que se abra la urna. Igualmente, para este propósito, se precisa, que entre los participantes, estimulados por la sana confrontación, se imponga la vigilancia recíproca de modo que se denuncie todo tipo de vicios e incorrecciones que se observe en el proceso."

(...)

²¹ Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, "Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia", Página 9 "It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

²² Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

²³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 de 2015.

²⁴ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 41412 de 2018.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

*Se ha demostrado que la participación en una misma licitación de licitantes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a un riesgo alto de que se frustren los **dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos: igualdad de oportunidades para particulares y obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado.***

(...)

La contratación estatal, según lo ordena la Constitución (CP art. 209) y la ley (Ley 80 de 1993, arts. 24, 25 y 26), debe adelantarse de acuerdo con los principios de transparencia, igualdad, moralidad y economía. La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan.** La participación de parientes en una misma licitación o concurso, quebranta este supremo presupuesto negocial, en detrimento de la lealtad y sana emulación entre los oferentes, lo que a su turno genera desigualdad y propicia la inmoralidad, **la cual bien puede desembocar en colusión y pérdida económica para el Estado que no sabrá si objetivamente está en un momento dado seleccionando la mejor propuesta.

(...)

*En estas condiciones, el igual reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros de la familia o de los relacionados con éstos, para los propósitos de autorizar su participación en una misma licitación o concurso, a más de poder desvirtuar el mecanismo contractual, resultaría en una concesión puramente formal, **donde se requiere, en cambio, que las personas formal y materialmente obren de manera separada y autónoma**²⁵. (Resaltado y subrayado fuera del texto original).*

9.4. Señales de advertencia de un posible acuerdo colusorio

A continuación se procederá a exponer una serie de señales de advertencia respecto a la presencia de posibles acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal. La Superintendencia ha identificado estas señales siguiendo su propia experiencia y la doctrina internacional.

9.4.1. Identificación de proponentes en colusión

La Superintendencia de Industria y Comercio ha reiterado en múltiples oportunidades que, siguiendo la doctrina internacional y su propia experiencia, los proponentes en colusión pueden identificarse cuando, entre otras, adelantan las siguientes actividades²⁶: (i) intercambian información sensible sobre las posturas que cada oferente²⁷, (ii) se abstienen o no presentan propuestas, (iii) retiran las ofertas presentadas, (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso - propuestas complementarias-, (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo²⁸, y, (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas.

Esta Superintendencia también ha reiterado en varias decisiones que otro mecanismo utilizado por colusores consiste en la presentación de dos (2) propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad obedecen a los mismos intereses económicos. En este último esquema colusorio, hay dos (2) ofertas que en realidad no compiten entre ellas porque obedecen a los mismos intereses económicos, bien sea porque hacen parte del mismo grupo de interés

²⁵ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-415 de 1994.

²⁶ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013, Resolución No. 53914 de 2013, Resolución No. 54695 de 2013, Resolución No. 91235 de 2015, Resolución No. 35120 de 2017, Resolución No. 39758 de 2017 y la Resolución 58961 de 2018.

²⁷ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014, confirmada mediante Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 20639 de 2015.

²⁸ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 de 2012, confirmada mediante Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53979 de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

económico, existe una subordinación entre ellas o existen vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente²⁹.

9.4.2. Identificación de posibles conductas colusorias

En línea con lo expresado por la OCDE³⁰, esta Superintendencia también ha señalado en numerosas oportunidades³¹ que ha identificado una serie de señales de advertencia, las cuales, de presentarse sirven, para detectar una posible conducta colusoria³²:

- Se presentan cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.
- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Similitud de forma y formatos en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Identidad en certificaciones, datos y de personal entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente, incluidas las pólizas de seriedad de la oferta cuando son emitidos por la misma entidad.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.
- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.
- Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Dos o más oferentes que han participado previamente bajo alguna forma de presentación plural (unión temporal, consorcio o promesa de sociedad futura), se presentan de manera individual.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.
- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

²⁹ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 de 2015, Resolución No. 35120 de 2017 y Resolución No. 39758 de 2017.

³⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", 2014, página 14.

³¹ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015, Resolución No. 35120 del 16 de junio de 2017, Resolución No. 39758 del 6 de julio de 2017 y la Resolución 58961 del 16 de agosto 2018.

³² Superintendencia de Industria y Comercio. "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", 2016.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

9.4.3. Identificación de estrategias o esquemas de colusión

Esta Superintendencia también se ha referido en numerosas oportunidades³³ respecto a que ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación³⁴:

- Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.
- Supresión de ofertas o no presentación de las mismas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.
- Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.
- Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.

9.4.4. Identificación de factores que aumentan el riesgo de colusión

Asimismo, esta Superintendencia también se ha pronunciado³⁵ con relación a una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual³⁶:

- Pocos proveedores del bien o servicio a contratar.
- Necesidad periódica de adquirir el bien o servicio.
- Pocos sustitutos que puedan satisfacer la necesidad de la entidad contratante.
- La inexistencia o poco cambio tecnológico.
- Estabilidad en formatos y formas de evaluación.
- Fijación de barreras innecesarias a la entrada por medio de requisitos excesivos.
- Facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales-.
- Uso de fórmulas de fácil manipulación, o muy sensibles a ofertas irracionales.

Así las cosas, bajo el anterior marco conceptual, este Despacho pasa a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas.

9.5. Mercado afectado

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición de mercado en los casos de prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública. Así, ha indicado que, en dichos casos, dado que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del

³³ Ver, entre otros, la Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015, Resolución No. 35120 del 16 de junio de 2017, Resolución No. 39758 del 6 de julio de 2017 y la Resolución 58961 del 16 de agosto 2018, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", 2016.

³⁵ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015, Resolución No. 35120 del 16 de junio de 2017, Resolución No. 39758 del 6 de julio de 2017 y la Resolución 58961 del 16 de agosto 2018.

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", 2016.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

contrato a celebrar, el mercado corresponde a cada proceso de contratación en el que se presentó la conducta restrictiva de la libre competencia económica.

Al respecto, por ejemplo, en la Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017, la Superintendencia señaló que:

"a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes"³⁷. (Subrayado fuera del texto original).

Por su parte, en la Resolución No. 40875 del 9 de julio de 2013 esta Superintendencia sostuvo lo siguiente:

"Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección"³⁸. (Subrayado fuera del texto original).

En este mismo sentido, otras autoridades de protección de la libre competencia económica también reconocen que en el marco de contrataciones públicas el mercado relevante está definido por el proceso contractual investigado. Ejemplos de ellos son la Autoridad de Competencia Francesa³⁹ y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, el cual, siguiendo las respectivas recomendaciones de buenas prácticas de la OCDE, sostuvo que "sólo en ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto."⁴⁰

Por lo anterior, el Despacho concluye que el mercado relevante en el presente caso se circunscribe al proceso de licitación pública MC-LP-031-2013, adelantado por el **MINCULTURA**.

9.6. El proceso de licitación pública MC-LP-031-2013

El proceso de licitación pública MC-LP-031-2013, adelantado por el **MINCULTURA** tuvo por objeto "contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste, la reparación o rehabilitación y reforzamiento estructural de infraestructuras de carácter cultural afectadas por el fenómeno de la niña 2010-2011, en el marco del proyecto "Espacios de Vida" ubicadas en los municipios de Puerto Triunfo y Dagua".

Para el desarrollo del objeto contractual, el **MINCULTURA** asignó un presupuesto total de **MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$1.932.795.299)**. Y específicamente, para el Grupo No. 2 Dagua, asignó un presupuesto de **MIL CIENTO QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.115.461.536)**. Se resalta que el objeto de esta investigación es el Grupo No. 2 Dagua.

³⁷ Resolución No. 19890 de 2017, confirmada por la Resolución No. 4604 del 28 de enero de 2018, por medio de la cual se impusieron sanciones a empresas de vigilancia y personas naturales vinculadas por contravenir lo dispuesto en el numeral 1 de la Ley 155 de 1959. Hoja No. 59.

³⁸ Resolución No. 40875 de 2013, por medio de la cual se impusieron sanciones a **HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES, FUNDACIÓN COLOMBIA VIVA y VALME LTDA.** por contravenir lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Hoja No. 28.

³⁹ Autoridad de Competencia Francesa, Decisión No. 10-D-05 del 27 de enero de 2010, prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, p.9. Disponible en: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10d05.pdf>.

⁴⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, caso "Radios", celebración de acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, p. 34. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20120111/asocfile/20120111215127/tdlc1.pdf>.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

El 26 de noviembre de 2013, el **MINCULTURA** publicó el aviso de convocatoria pública, los estudios previos y el proyecto de pliego de condiciones del proceso.

Mediante la Resolución No. 3877 del 10 de diciembre de 2013, el **MINCULTURA** ordenó la apertura del proceso y la publicación del pliego definitivo de condiciones, en el que se determinó cómo se llevaría a cabo la calificación de las ofertas económicas.

El término para presentar las propuestas finalizó el 20 de diciembre de 2013 y, de acuerdo con el registro de entrega y el acta de cierre de presentación, se entregaron las siguientes ofertas para el Grupo No. 2:

Tabla No. 1: Ofertas presentadas en el Grupo No. 2 en la Audiencia de cierre del proceso MC-LP-031-2013

No.	PROPONENTES GRUPO 2
1	CONSORCIO TL FUREL 2013
2	DESARROLLAMOS
3	PROYECTAR
4	CONSORCIO GALEZ-DAGUA
5	CONSORCIO URBANO CENTRAL
6	CONSORCIO PORVENIR 2014
7	CONSORCIO CASA DE LA CULTURA
8	UNIÓN TEMPORAL A&E

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en documentos oficiales del proceso⁴¹.

El 27 de diciembre de 2013, el **MINCULTURA** publicó en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - **SECOP** el informe de evaluación preliminar del proceso y, una vez se surtió el término de traslado, definió los oferentes habilitados en el Grupo 2 de la siguiente manera:

Tabla No. 2: Oferentes habilitados en el Grupo 2 del proceso MC-LP-031-2013

GRUPO 2	
PROPONENTES	CONDICIÓN
CONSORCIO TL FUREL 2013	HABILITADO
DESARROLLAMOS	HABILITADO
PROYECTAR	HABILITADO
CONSORCIO GALEZ-DAGUA	RECHAZADO
CONSORCIO URBANO CENTRAL	RECHAZADO
CONSORCIO PORVENIR 2014	RECHAZADO
CONSORCIO CASA DE LA CULTURA	RECHAZADO
UNIÓN TEMPORAL A&E	RECHAZADO

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en documentos oficiales del proceso⁴².

El 31 de enero de 2014, respecto del Grupo No. 2, se procedió en audiencia pública a seguir con la metodología establecida en el pliego de condiciones. Según esa metodología, en el evento en que hubiese tres o más propuestas habilitadas, el mecanismo de adjudicación era la mediana y la inclusión de cero veces el presupuesto oficial. Esto último teniendo en cuenta que en la audiencia de adjudicación salió seleccionada la balota 0 (cero).

Las ofertas económicas de todos los participantes debían presentar un valor total no superior al 100% ni inferior al 90% del presupuesto oficial.

En consecuencia, y teniendo en cuenta las ofertas presentadas, a cada uno de los oferentes se les asignó el puntaje de la siguiente manera:

⁴¹ Folio 835 a 838 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴² Folio 835 a 838 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 3: Puntaje de los oferentes habilitados en el Grupo 2 del proceso MC-LP-031-2013

No.	ORDEN DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA	PROponentes	PUNTAJE	VALOR OFERTA
1	3	PROYECTAR	600	\$1.100.843.406
2	1	CONSORCIO TL FUREL 2013	596,28	\$1.107.661.646
3	2	DESARROLLAMOS	594,12	\$1.090.069.124

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en documentos oficiales del proceso⁴³.

Mediante la Resolución No. 0458 del 24 de febrero de 2014, el **MINCULTURA** adjudicó el Grupo No. 2 del proceso MC-LP-031-2013 a **PROYECTAR**, por un valor de MIL CIEN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$1.100.843.406) incluido IVA.

El 5 de marzo de 2014 se suscribió el respectivo contrato de obra No. 0944 de 2014 entre **ENZO RAFAEL ARIZA AYALA**, en representación de **MINCULTURA** y **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**. Este contrato estableció un plazo de ejecución de cinco (5) meses contados a partir de la firma del acta de iniciación la cual fue suscrita el 5 de marzo de 2014.

9.7. Análisis de la conducta

Para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado en el Expediente que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública).

Asimismo, para esta Superintendencia también está plenamente acreditado en el Expediente que **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, 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. Lo anterior, por haber colaborado, facilitado, ejecutado o tolerado la conducta contemplada en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 colusión (en procesos de contratación pública).

En consecuencia, a continuación, con base en las pruebas que obran en el Expediente y en la normativa aplicable, este Despacho pasará a demostrar que los agentes de mercado investigados coludieron durante el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

Así, este Despacho procederá a demostrar que, en desarrollo de una profunda y prolongada relación de colaboración, los agentes investigados estructuraron estratégicamente sus ofertas en el marco de una acción coordinada específica dentro del proceso de licitación pública MC-LP-031-2013, dentro del cual se presentaron como agentes independientes cuando en realidad no lo eran.

A continuación se presentarán (i) las evidencias que demuestran la estrecha relación de colaboración entre los investigados antes del proceso de licitación pública MC-LP-031-2013, es decir, la relación de contexto a la que alude la Delegatura en el Informe Motivado, (ii) las pruebas que acreditan la acción coordinada específica entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** dentro del proceso MC-LP-031-2013, y (iii) se analizará la responsabilidad individual de los investigados. Finalmente, se analizarán las observaciones presentadas por los investigados al Informe Motivado que no hayan sido abordadas en la descripción de la conducta.

9.7.1. Relación de contexto

Para el Despacho está acreditada una larga y profunda relación de colaboración entre los agentes del mercado investigados, en desarrollo de la cual coludieron afectando la libre competencia económica en el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

⁴³ Folio 835 a 838 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

El Despacho llega a esta conclusión al encontrar probado que **(i)** compartían los funcionarios de mayor relevancia para la elaboración de las propuestas, **(ii)** se apoyaban en su gestión empresarial y **(iii)** han mantenido estrechas relaciones desde su misma constitución.

Con todo, desde ya el Despacho resalta que, contrario a lo manifestado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, la relación de contexto entre ellos no constituye prueba de la existencia de la conducta objeto de la presente investigación. Por el contrario, esa relación simplemente constituye una información relevante para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva aquí investigada.

Así entonces, a continuación se procederá a analizar las pruebas que demuestran esa estrecha colaboración histórica entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.

(i) PROYECTAR y DESARROLLAMOS compartían trabajadores con funciones trascendentales

Este Despacho encontró acreditado dentro del Expediente que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** compartían trabajadores con funciones significativas en la estructuración de las propuestas que presentaban ambas empresas.

En efecto, se encontró que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, cumplían roles fundamentales dentro de la estructuración de las propuestas que ambas compañías presentaban en los procesos de selección contractual en los que participaban, no obstante que ambos funcionarios solamente tenían relación laboral con **PROYECTAR**.

De lo anterior da cuenta la propia declaración de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, corroborado igualmente por **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR** en su declaración. Así, a continuación se muestra que la directora del departamento de costos de **PROYECTAR** en mención admitió que participaba en la elaboración de las propuestas y ofertas económicas de **DESARROLLAMOS**:

"DELEGATURA: *¿Qué funciones desempeña usted para **DESARROLLAMOS**?*

MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE: *Funciones como tal no, pero sí en algunos casos le ayudo en las propuestas económicas, digamos en la parte civil. Si la propuesta es eléctrica o tienen una parte eléctrica eso lo elabora el ingeniero **DIEGO LUIS**, y él sí me pide asesoría muchas veces en la parte civil".*

(...)

"DELEGATURA: *Usted me contaba que ha apoyado la elaboración de propuestas de **DESARROLLAMOS** y, ¿ha elaborado la oferta económica?*

MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE: *En unos casos sí.*

DELEGATURA: *¿Cómo en qué casos?*

MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE: *Cuando más que todo la obra tiene mucha parte civil, si es parte eléctrica no. Él pone unos precios y entonces yo me siento y le digo si está bien, o bájale aquí o allá"⁴⁴.*

Esta declaración coincide con la de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, quien manifestó lo siguiente⁴⁵:

"DELEGATURA: *¿Quién maneja la parte económica?*

⁴⁴ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpetas: TESTIMONIOS/Yamileth Ojeda, archivo: yamileth ojeda.aif, minutos: 25:50 y 27.00.

⁴⁵ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4. del Expediente. Carpetas: TESTIMONIOS/Darío Solarte, archivo: darío solarte.aif, minuto 21:46.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO: YAMILE.

DELEGATURA: *¿Sabe usted o tiene conocimiento si YAMILE trabaja únicamente para PROYECTAR INGENIERÍA?*

RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO: *Ella es empleada de PROYECTAR INGENIERÍA y pues en ocasiones, no sé, eso te lo dirá ella.*

DELEGATURA: *¿En ocasiones?*

RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO: *No, no, no pues de pronto habla con el ingeniero Ocampo, pero pues hasta ahí (...)*

DELEGATURA: *Sabe usted si funcionarios de PROYECTAR también desempeñan funciones para DESARROLLAMOS.*

RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO: *Pues compartido sé que es el mensajero, la secretaria, YAMILE apoya".*

Además, **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, manifestó la importancia del rol de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, en la estructuración de las propuestas. Al respecto, durante la etapa probatoria de esta investigación, dijo lo siguiente⁴⁶:

DELEGATURA: *¿Esa función es importante?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Claro que sí.*

DELEGATURA: *¿Por qué es importante?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Porque es la que da la base para poder saber si uno participa o no. En caso de que se descache va a perder plata la organización y en caso de que no sepa llegar al presupuesto y tampoco nos presentemos vamos a perder plata"*

Más aún, como una prueba adicional de que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** históricamente ha tenido que ver con las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, la Delegatura encontró en su computador las propuestas económicas de ambas empresas -y de los consorcios que integraban de manera independiente- de varios procesos de contratación. En efecto, se encontraron los siguientes procesos con fecha de guardado anterior al último día para entregar las propuestas: (i) OPC-030-2011 que adelantó el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE), (ii) 127 de 2011 adelantado por la ALCALDÍA DE POPAYÁN (en el que se presentó **PROYECTAR** como proponente individual y **DESARROLLAMOS** como miembro del CONSORCIO HDI-127), (iii) 128 de 2011, que adelantó la ALCALDÍA DE POPAYÁN (en el que se presentó **PROYECTAR** y por separado **DESARROLLAMOS** como miembro del CONSORCIO HDI-128) y (iv) 148-2012, que adelantó la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES⁴⁷.

En cuanto a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, está probado entre otras con su propia declaración, que preparó la parte documental para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** para el proceso de selección contractual objeto de la presente investigación. Este aspecto se profundizará en la siguiente sección donde se expondrán las pruebas que acreditan la acción coordinada específica entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** dentro del proceso MC-LP-031-2013.

En conclusión, con las pruebas expuestas se acredita que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** han compartido históricamente trabajadores con funciones trascendentales para la elaboración de las propuestas de los procesos a los que se presentan.

⁴⁶ Folio 1831 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Minuto 16:00.

⁴⁷ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta: PROYECTAR INGENIERÍA-YAMILETH OJEDA-JEFE DE COSTOS.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

(ii) PROYECTAR y DESARROLLAMOS se apoyaban en su gestión empresarial

A partir de las pruebas obrantes en el Expediente puede afirmarse que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** se apoyaban en la gestión propia de sus empresas y de sus proyectos, toda vez que compartían infraestructura y otros recursos humanos, al paso que se apoyaban en otros aspectos de la gestión corporativa. A continuación se procederá a analizar las pruebas que evidencian estas afirmaciones.

En primer lugar, se comprobó que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** compartían la oficina 807 de la Torre Valle de Lili, ubicada en la carrera 100 No. 11 – 90, Centro Comercial Holguines Trade Center, de la ciudad de Cali. El Despacho llega a esta conclusión como resultado de la evidencia recaudada durante las visitas administrativas llevadas a cabo en el inmueble y varias declaraciones.

En efecto, en desarrollo de la inspección realizada el 24 de febrero de 2014 por parte de funcionarios de esta Superintendencia, se evidenció que el área administrativa de **DESARROLLAMOS** funciona en el domicilio principal de **PROYECTAR**.

La visita administrativa inició en la carrera 50 No. 14C – 41 en la ciudad de Cali, dirección que de conformidad con el respectivo certificado de existencia y representación legal corresponde al domicilio principal de **DESARROLLAMOS**⁴⁸. Sin embargo, tal y como consta en el acta de la inspección, el propio **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, le informó a los funcionarios de esta Superintendencia que aunque la parte operativa de la empresa funciona en la carrera 50 No. 14C – 41, la parte administrativa lo hace en la oficina 807 de la Torre Valle de Lili, ubicada en la carrera 100 No. 11 – 90, Centro Comercial Holguines Trade Center⁴⁹.

Se resalta que esta última dirección corresponde al domicilio principal de **PROYECTAR**, tal y como lo evidencia el respectivo certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Cali⁵⁰.

Además, en esa visita al domicilio principal **PROYECTAR**, en el que como se acaba de evidenciar, está comprobado que funciona la parte administrativa de **DESARROLLAMOS**, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio encontraron lo siguiente⁵¹:

- En la puerta de la oficina se encuentran los logos de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.
- En la recepción se encuentran colgados respecto a **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** los reglamentos de higiene y seguridad industrial, la certificación de sistemas de gestión de calidad ISO 9001:2008 y la certificación de gestión de seguridad y salud en el trabajo OHS 18001:2007 de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.
- En la oficina se encontró archivo general conjunto en el que se aprecian carpetas contentivas de la contabilidad de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**. Al respecto, este Despacho resalta el mismo punto que enfatiza la Delegatura en el Informe Motivado relativo a que en ese archivo se encuentran carpetas de negocios llevados a cabo por las personas jurídicas tanto mediante consorcios, como realizados de manera individual.
- La oficina de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, era una oficina con características de ser permanente y totalmente independiente de los cubículos contiguos. Así, como lo señaló el Informe Motivado de conformidad con el respectivo video, la oficina del representante legal de **DESARROLLAMOS** era una oficina cerrada con paredes, puerta, computador y dos sillas para invitados.

⁴⁸ Folio 865 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴⁹ Folio 973 a 974 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁵⁰ Folio 853 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁵¹ Folio 925 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta: imágenes y videos visita Proyectar Ingeniería S.A.S., archivos: IMG_1378 e IMG_1379.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- Más aún, como se evidencia en el respectivo video de la visita administrativa, **CARMENZA ARCILA MONTOYA**, quien se encargó de exhibir las instalaciones de la oficina a los funcionarios de la Superintendencia, al mostrar la oficina y en referencia a **DESARROLLAMOS**, afirmó que "*hace tiempo que venimos como compartiendo oficinas con ellos por el tema de optimizar costos*"⁵².

Ahora bien, además de las arriba mencionadas declaraciones de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS** y de **CARMENZA ARCILA MONTOYA**, – esposa de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**–, accionista y miembro principal de la junta directiva de **PROYECTAR**–, las siguientes declaraciones corroboran lo evidenciado en las visitas administrativas.

- **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal y mayor accionista de **PROYECTAR**, durante la etapa de averiguación preliminar afirmó que "*las oficinas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** son aquí mismo*"⁵³.
- **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, cuando le preguntan si sabe dónde elabora **DESARROLLAMOS** sus propuestas respondió que "*el representante legal tiene una oficina aquí y trabaja aquí. Cuando es de **DESARROLLAMOS** elabora sus propuestas [en esa oficina]*"⁵⁴.
- **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, declaró que "*como **DESARROLLAMOS** tiene su oficina aquí pues hay como una especie de colaboración*"⁵⁵.
- **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, lo reconoció durante la etapa preliminar en los siguiente términos⁵⁶:

"DELEGATURA: *¿En razón a qué están compartiendo la oficina **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**?*

AURA MARÍA REYES TORRES: *Para el ahorro de costos.*

Además de lo anterior, y como se pasa a evidenciar, también está probado en el Expediente que ambas empresas compartían la contadora, el revisor fiscal, la secretaria, el mensajero y la persona encargada de la certificación de calidad.

En efecto, la condición de **AURA MARÍA REYES TORRES** como responsable de la contabilidad de ambas compañías fue evidenciada en la arriba señalada inspección administrativa y en lo confirmado por ella misma en sus declaraciones rendidas durante la etapa preliminar y probatoria.

Así, se comprobó que durante dicha inspección fue aportado un contrato individual a término fijo inferior a un año suscrito por **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**⁵⁷.

Por su parte, en su declaración durante la etapa preliminar, afirmó lo siguiente⁵⁸:

⁵² Tal como se demostrará más adelante, ella no solo es la esposa de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, sino también es accionista de **PROYECTAR** y ha sido accionista y administradora de **DESARROLLAMOS**.

⁵³ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4. Carpetas: TESTIMONIOS/ Henry Losada, archivo: henry losada velez.aif, minuto 12:15.

⁵⁴ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4. Carpetas: TESTIMONIOS/Darío Solarte, archivo: darío solarte.aif, minuto 12:00.

⁵⁵ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4. Carpetas: TESTIMONIOS/Yamileth Ojeda, archivo: yamileth ojeda.aif, minuto 15:05.

⁵⁶ Folio 1181 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Minuto 18:19.

⁵⁷ Folio 996 y 1005 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁵⁸ Folio 1181 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Minuto 18:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"DELEGATURA: ¿En razón a qué están compartiendo la oficina **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**?

AURA MARÍA REYES TORRES: Para el ahorro de costos.

DELEGATURA: Y como ahorro de costos, ¿también comparten empleados?

AURA MARÍA REYES TORRES: Sí, empleados generales, el mensajero, secretaria y la contabilidad.

DELEGATURA: ¿Cómo aparecen justificados esos costos en la contabilidad?

AURA MARÍA REYES TORRES: En los costos operacionales de **PROYECTAR**, solamente.

DELEGATURA: ¿Por qué? Es que este Despacho no entiende cómo es posible o en razón de qué, una empresa va a asumir los costos de otra.

AURA MARÍA REYES TORRES: No la verdad cuando yo empecé a trabajar aquí esa era su manera de manejo y no sé a qué acuerdo habrán llegado.

DELEGATURA: ¿De dónde viene esa directriz?

AURA MARÍA REYES TORRES: De las dos gerencias.

DELEGATURA: ¿Las dos gerencias en cabeza de quién?

AURA MARÍA REYES TORRES: **HENRY LOSADA** y **DIEGO LUIS OCAMPO**."

Adicionalmente, durante la etapa probatoria la testigo dijo que le hacía la contabilidad a **PROYECTAR**, a **DESARROLLAMOS**, y a **DIEGO LUIS OCAMPO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**⁵⁹.

Por su parte, la condición de **VÍCTOR HUGO PAREDES MONTEALEGRE** como revisor fiscal de ambas compañías está acreditada mediante la siguiente declaración que él rindió durante la etapa de averiguación preliminar:

"DELEGATURA: Usted puede indicarle a este Despacho, ¿cuál es su vínculo contractual con **PROYECTAR INGENIERÍA**?

VÍCTOR HUGO PAREDES MONTEALEGRE: Estoy vinculado como revisor fiscal de la compañía.

DELEGATURA: ¿Este vínculo es de prestación de servicios o de qué carácter? y, ¿cuáles son las obligaciones?

VÍCTOR HUGO PAREDES MONTEALEGRE: Es de prestación de servicios y las obligaciones están determinadas por la ley.

DELEGATURA: ¿Cuál es su remuneración por ejercer dicho cargo?

VÍCTOR HUGO PAREDES MONTEALEGRE: La remuneración básicamente es a título gratuito.

DELEGATURA: En **PROYECTAR**, ok. ¿Y en **DESARROLLAMOS**?

VÍCTOR HUGO PAREDES MONTEALEGRE: Allí me remunera por prestación de servicios y hay una remuneración por los servicios que presto".

Estas dos declaraciones no solo muestran que dichos profesionales prestaban servicios a ambas empresas, sino que aparentemente recibían su remuneración por parte de una de ellas por servicios que prestaban a ambas. En efecto, se advierte que la remuneración de **VÍCTOR HUGO**

⁵⁹ Folio 1822 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Minuto 7:53

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

PAREDES MONTEALEGRE, revisor fiscal de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, iba por cuenta de **DESARROLLAMOS**.

Como se dijo anteriormente, **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** también compartían la secretaria, el mensajero y la persona encargada de la certificación de calidad. Así lo declararon los investigados en sus descargos y fue corroborado mediante las declaraciones de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**⁶⁰, y **RUBÉN DARIÓ SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**⁶¹.

De otra parte, el Despacho evidenció que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** se han apoyado en otros aspectos de su gestión corporativa, tales como la subcontratación, la contratación de empleados de la otra sociedad y un sistema de reembolso.

En primer lugar, se encuentra evidenciada una subcontratación entre las empresas investigadas, tal y como puede apreciarse en testimonios rendidos durante la actuación como el de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, quien señaló lo siguiente⁶²:

DELEGATURA: *¿Usted nos podría contar si **PROYECTAR** tuvo con **DESARROLLAMOS** algún tipo de relación para 2013?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Consortios.*

DELEGATURA: *¿Alguna relación distinta de las ocasiones que se presentaban conjuntamente como miembros de un mismo consorcio?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *¿Cómo así relación distinta, comercial?*

DELEGATURA: *Sí.*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Sí.*

DELEGATURA: *¿En qué consistían?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *De pronto alquilarle maquinaria o que él ejecutara, o que **DESARROLLAMOS** ejecutara alguna obra. Muy pocas veces.*

DELEGATURA: *¿Qué **DESARROLLAMOS** ejecutara alguna obra?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Sí, que ejecutara alguna actividad.*

DELEGATURA: *¿Alguna obra de **PROYECTAR**?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *De consorcios o de **PROYECTAR**, o en el mismo consorcio que él estaba. Cuando hablo de consorcios hablo de consorcios con una gran cantidad de empresas que se han hecho.*

DELEGATURA: *¿Alguna relación adicional entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *La relación comercial normal.*

DELEGATURA: *¿Qué es la relación comercial normal?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Pues si necesita un alquiler de un equipo, le alquilo el equipo".*

Asimismo, **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, manifestó lo siguiente:

⁶⁰ Folio 926 del cuaderno público No. 4. Carpetas: TESTIMONIOS/Yamileth Ojeda, archivo: yamileth ojeda.aif, minuto 22:00.

⁶¹ Folio 1179 del cuaderno público No. 5. Minuto 17:00.

⁶² Folio 1831 del cuaderno público No. 8 del Expediente. Minuto 35:15.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"DELEGATURA: En la contabilidad de **DESARROLLAMOS** y **PROYECTAR** para el año 2013, en particular la información de medios magnéticos que **PROYECTAR** remitió a la **DIAN**, se acredita que recibió por **DESARROLLAMOS** por concepto de ingresos operacionales la suma de setecientos treinta y seis millones trescientos cuarenta y cinco mil doscientos veintitrés pesos, ¿a qué concepto correspondían esos setecientos millones?

AURA MARÍA REYES TORRES: Seguramente a un contrato que le ejecutó **PROYECTAR** a **DESARROLLAMOS**⁶³.

En cuanto a las evidencias de contratación de empleados de la otra sociedad, el Despacho acreditó que, en al menos una ocasión, uno de los representantes legales de una de las sociedades investigadas fue contratado por la otra sociedad. En efecto, el Despacho evidenció que un registro contable de **PROYECTAR** de la cuenta No. 740595, "mano de obra contrat", estaba causado a nombre de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, por \$52'570.631 en el 2013⁶⁴.

Finalmente, el Despacho evidenció la existencia de un sistema de reembolso de gastos comunes bajo la dirección de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**. Bajo este sistema, las empresas, por ejemplo, se dividían los pagos de los empleados, lo cual ejecutaban, en la práctica, reembolsando gastos comunes que efectuaban contablemente mediante una factura de obra, de manera que simulaban la ejecución de una obra.

Al explicar este método, **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, señaló lo siguiente durante la etapa probatoria⁶⁵:

"DELEGATURA: Podría explicar la dinámica de eso, ¿cómo así que una factura de obra?

HENRY LOSADA VÉLEZ: Pues si valía dos millones o cinco millones entonces uno pasa como si hubiera ejecutado a la otra empresa una actividad, se liquida AIU, IVA y se paga todo común y corriente como una factura. ¿Cuándo estábamos solos no?

DELEGATURA: Sí.

RESPUESTA: Ok".

Según lo expuesto por la Delegatura en su Informe Motivado, quienes tomaban la decisión de llevar a cabo este tipo de reembolsos eran **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR** y **DIEGO LUIS OCAMPO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**. En efecto, **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, durante la averiguación preliminar, afirmó lo siguiente⁶⁶:

"DELEGATURA: ¿De dónde viene esa directriz?

RESPUESTA: De las dos gerencias.

DELEGATURA: ¿En cabeza de quién?

RESPUESTA: **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **DIEGO LUIS OCAMPO**.

En conclusión, como puede apreciarse de los anteriores medios de prueba, se encuentra acreditado que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, siendo competidores directos, no solo funcionaban en el mismo domicilio, sino que se apoyaban en todo aspecto de su gestión, hasta el punto de distribuirse el pago de sus empleados. También se acreditó la práctica de subcontratarse entre ellos.

⁶³ Folio 1799 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Carpeta: MEDIOS PARA SIC / AÑO GRAVABLE 2013 / Dmuisca_01010070820140000006

⁶⁴ Folio 1791 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Archivo: BCE COMPRO.PI DIC -13.PDF

⁶⁵ Folio 1831 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Minuto 40:02.

⁶⁶ Folio 1181 Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Minuto 18:50

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

(iii) PROYECTAR y DESARROLLAMOS mantenían estrechas relaciones desde su constitución

Aunado a lo anterior, a continuación el Despacho pone de presente las pruebas que dan cuenta de la larga y estrecha relación de colaboración entre los agentes del mercado investigados desde su constitución, lo cual, como se dijo, en conjunto con las evidencias anteriormente expuestas, sirven de contexto para abordar el análisis de la conducta particular acá investigada.

En este sentido, se encontró que **PROYECTAR y DESARROLLAMOS** han tenido socios y administradores comunes desde su constitución, lo cual es una prueba más de la estrecha relación entre estas empresas y una circunstancia que no se compadece en un escenario de real competencia.

En efecto, **CARMENZA ARCILA MONTOYA**, esposa de **HENRY LOSADA VÉLEZ** (representante legal de **PROYECTAR**) y socia de **PROYECTAR**, ha sido también socia de **DESARROLLAMOS**. Su calidad de socia de **PROYECTAR** se encuentra evidenciada en las actas de la asamblea de accionistas que se encuentran en el folio 917 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente, al paso que su calidad de socia de **DESARROLLAMOS** fue declarada expresamente por **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, en diligencia de testimonio durante la etapa probatoria de esta investigación⁶⁷. Al respecto, el Despacho resalta la relevancia de **CARMENZA ARCILA MONTOYA** en **PROYECTAR**, toda vez que posee el 30% dicha empresa, la cual es una empresa familiar en la que **HENRY LOSADA VÉLEZ** tiene el 55% de las acciones, y sus tres hijos el 5% cada uno. Además, como arriba se señaló, fue ella quien presentó las instalaciones de la oficina de **PROYECTAR y DESARROLLAMOS** a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio durante la respectiva visita administrativa.

Además de lo anterior, se encontró que **CARMENZA ARCILA MONTOYA** ha sido representante legal tanto de **PROYECTAR** como de **DESARROLLAMOS**, comoquiera que fue designada como representante legal suplente de **PROYECTAR** desde el día de su constitución hasta el 8 de junio de 1998, al paso que fue representante legal de **DESARROLLAMOS** desde su constitución hasta el 3 de marzo de 1998. Es decir, que desde la constitución de ambas sociedades y durante un periodo significativo de tiempo, **CARMENZA ARCILA MONTOYA** fungió como representante legal de ambas investigadas.

De otra parte, se evidenció que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, al mismo tiempo que desempeñaba su cargo en esta empresa, fue gerente y representante legal suplente de **DESARROLLAMOS**. En efecto, se encontró que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** ha estado vinculado a **PROYECTAR** desde el 20 de enero de 1992, al paso que del 6 de febrero al 30 de diciembre de 2004 se desempeñó como representante legal de **DESARROLLAMOS** y desde esta fecha hasta el 9 de junio de 2009 como representante legal suplente. Todo lo anterior, de conformidad con el correspondiente certificado de existencia y representación legal⁶⁸.

Adicionalmente, se encontró que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** fue socio de **DESARROLLAMOS**, lo cual quedó evidenciado mediante la siguiente declaración rendida por **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, durante la etapa probatoria⁶⁹:

"DELEGATURA: ¿Qué papel ha jugado **RUBÉN DARÍO SOLARTE** en **DESARROLLAMOS** desde que usted llegó en el año 2000 en adelante?

DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO: En el año, creo que 2004 o 2003, más o menos, por motivos personales viajé a los Estados Unidos y estuve alrededor de un año en los Estados Unidos viviendo con mi familia y, pues, no quería que desapareciera la empresa, porque uno no sabe si en algún futuro tendría que volver o algo y, digamos que, por la confianza que tenía en **RUBÉN DARÍO SOLARTE**, lo conozco a él, también es ingeniero electricista y pues como le dije en este gremio pues nos conocemos todos, de una manera

⁶⁷ Folio 1831 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Minuto 1:00

⁶⁸ Folio 865 a 860 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁶⁹ Folio 1825 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Hora: 1:05:44.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

*voluntaria yo le cedí las acciones a él y, posteriormente, después de que regresé de los Estados Unidos, volví a retomar otra vez las acciones de **DESARROLLAMOS INGENIERÍA**.*

DELEGATURA: *¿Cuándo volvió usted de Estados Unidos?*

DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO: *En un año, le comenté, 2005 aproximadamente"*

Por último, el Despacho evidenció que **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, ha sido el representante legal de la mayoría de los consorcios en los que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** han participado. Lo anterior, a partir de las declaraciones rendidas por **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, durante la etapa probatoria de esta investigación⁷⁰.

Además, el propio **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, cuando le preguntaron durante la averiguación preliminar si conocía a **DESARROLLAMOS** respondió que "*sí (...), hemos sido socios en varios contratos. Hemos hechos consorcios, uniones temporales para participar en negocios (...) en muchos procesos [de selección contractual]*"⁷¹.

(iv) Conclusiones relativas a la relación de contexto

- Para el Despacho las pruebas arriba analizadas, apreciadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal y como lo establece el artículo 176 del Código General del Proceso, evidencian una larga y profunda relación entre los investigados, anterior al proceso de licitación pública MC-LP-031-2013. Estas evidencias contextuales demuestran una relación de colegaje y cooperación entre los investigados.
- **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** compartían funcionarios con funciones trascendentales en la estructuración de las propuestas que presentan ambas compañías. Estos funcionarios son **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**.
- **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** se apoyaban en la gestión propia de las empresas y la de sus proyectos, toda vez que, además de compartir funcionarios trascendentales, compartieron infraestructura, recursos humanos y se apoyaron en otros aspectos de la gestión corporativa.
- **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** han tenido largas y profundas relaciones a nivel de socios y de administradores que datan incluso desde su constitución. Esta relación, si bien no es en sí misma ilegal, otorga elementos de juicio que permiten contextualizar las pruebas específicas relativas al proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

Así las cosas, y de acuerdo con la evidencia expuesta en el presente acápite, se desprende que las estrechas relaciones entre los investigados implican que estos oferentes no eran ajenos ni desconocidos en el momento en que participaron en el proceso bajo análisis. Lo anterior, tomado como punto de partida para abordar las evidencias que se expondrán a continuación, da cuenta de la coordinación y el acuerdo colusorio entre los investigados.

Con todo, debe reiterarse una vez más que, contrario a lo manifestado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, el contexto presentado no es un reproche en sí mismo ni constituye prueba de la existencia del cartel objeto de la presente investigación, sino simplemente constituye una información relevante de contexto para el análisis de la conducta específica de estas empresas en el marco del proceso de contratación MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**.

A continuación se procederá entonces a analizar las pruebas que acreditan la acción coordinada específica entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** dentro del proceso MC-LP-031-2013.

⁷⁰ Folio 1829 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Minuto: 13:17.

⁷¹ Folio 926 del cuaderno público No. 4 del Expediente. Carpetas: TESTIMONIOS/Dario Solarte, archivo: dario solarte.aif, minuto 8:40.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

9.7.2. Pruebas de la acción coordinada entre PROYECTAR y DESARROLLAMOS dentro del proceso MC-LP-031-2013

Teniendo como punto de partida y contexto la estrecha relación entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** desde su constitución, a través de la cual esta Superintendencia demostró que siendo competidoras directas, no solo se apoyaban mutuamente en la gestión de sus proyectos, sino que han compartido funcionarios, tenido socios en común e incluso desarrollan sus actividades en el mismo domicilio, a continuación se presentará la evidencia obrante en el Expediente que da cuenta de que dichas empresas actuaron coordinadamente en el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

Así, el Despacho demostrará que los agentes investigados no eran independientes, toda vez que (i) sus propuestas fueron estructuradas por las mismas personas, (ii) los requisitos para participar en el proceso MC-LP-031-2013 fueron gestionados y obtenidos por las mismas personas, y (iii) un empleado de **PROYECTAR** avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**, sin lo cual esta empresa no hubiera podido participar en el proceso contractual.

(i) Las propuestas de PROYECTAR y DESARROLLAMOS fueron estructuradas por las mismas personas

El Despacho encontró acreditado que las mismas personas que estructuraron la parte económica y documental de la propuesta de **PROYECTAR** hicieron lo propio con la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

En efecto, se evidenció que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, estructuró el componente económico de las propuestas tanto de **PROYECTAR** como de **DESARROLLAMOS**. Lo anterior, comoquiera que en su computador (inspeccionado mediante visita administrativa) se encontraron los archivos denominados "*PRESUPUESTO OFICIAL MINCULTURA 031 DAGUA – PI. SAS*" y "*Borrador – PRESUPUESTO OFICIAL MINCULTURA 031 DAGUA*", los cuales constituyen las ofertas económicas tanto de **PROYECTAR** como de **DESARROLLAMOS** para el proceso contractual objeto de esta actuación (se resalta que estos documentos fueron creados y guardados antes de la fecha dispuesta para la entrega de las propuestas). De hecho, al percatarse de lo sospechoso que resultaba que en su computador se encontraran ambas propuestas, al ser interrogada sobre este particular **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** reconoció que "*no tendría[n] porque haber estado ahí*"⁷².

Para el Despacho, esta prueba guarda correspondencia con el rol trascendental que desempeñaba **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, para ambas empresas investigadas en la elaboración de sus propuestas y las ofertas económicas, el cual fue explicado en detalle anteriormente al describir como contexto las estrechas relaciones entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** y la manera en que funcionarios de una empresa realizaban labores indistintamente para ambas empresas.

Como se expondrá más adelante, este hecho, valorado en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el Expediente y presentados en esta Resolución, permite al Despacho afirmar que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** no actuaron de manera independiente dentro del proceso de selección en análisis, sino que se comportaron coordinadamente para distorsionar la competencia en el proceso de selección del **MINCULTURA**.

Al respecto, se insiste en que en los procesos de contratación, el régimen de libre competencia económica se desacata cuando los proponentes no son autónomos y las propuestas no son secretas entre ellos, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-415 de 1994.

(ii) Los requisitos para participar en el proceso MC-LP-031-2013 fueron gestionados y obtenidos por las mismas personas

El Despacho encontró evidenciado que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual para que las propuestas de las investigadas pudieran ser evaluadas, tales como los que acreditan los requisitos habilitantes, así como la garantía de seriedad de la oferta.

⁷² Folio 1829 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente. Minuto: 49:35.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Así, el Despacho evidenció que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, tramitó para ambas empresas y para sus respectivos representantes legales los certificados de responsabilidad fiscal, antecedentes judiciales, antecedentes disciplinarios y el certificado de pago de aportes.

Al respecto, vale la pena poner de presente que los documentos tramitados por el director de licitaciones de **PROYECTAR** para ambas empresas, al constituir los requisitos habilitantes del proceso, son una condición imprescindible para la evaluación de las ofertas, y por lo tanto, para la eventual adjudicación del contrato. Sobre el particular, el "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", elaborado por **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**, dispone que "Los requisitos habilitantes miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia"⁷³. En consecuencia, según dicho Manual, "El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación"⁷⁴.

La gestión de estos documentos por parte de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, -en el marco de la acción coordinada entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** dentro del proceso MC-LP-031-2013-, quedó probada a partir de declaraciones y evidencia encontrada en la inspección administrativa adelantada por la Delegatura a las instalaciones de dichas empresas.

En efecto, **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, admitió en los siguientes términos que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, se encargó de obtener dichos documentos para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**:

"DELEGATURA: Y el ingeniero **RUBÉN DARÍO SOLARTE**, ¿le colaboró en algo para este caso de Dagua?

DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO: A ver voy a ser muy claro en ese tema porque si quisiera, eso usted me lo va a preguntar, entonces, porque está haciendo referencia al ingeniero **RUBÉN DARÍO SOLARTE**. Para ser específico en el caso de Dagua fue un favor que yo le pedí al ingeniero **RUBÉN DARÍO SOLARTE**, porque yo estaba elaborando en mi oficina la propuesta y tenía otros trabajos adicionales que estaba ejecutando y en su momento le solicité única y exclusivamente el favor al ingeniero **RUBÉN DARÍO SOLARTE** porque en ese momento estábamos en un consorcio Versalles, de que me ayudara a expedir unos documentos que no son determinantes en la evaluación de la oferta. Fue un favor personal que le solicité a él no más.

DELEGATURA: ¿Qué documentos?

DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO: El certificado de cámara de comercio, los certificados de antecedentes disciplinarios, de la contraloría, de la procuraduría y algún otro documento como el tema de mipymes pero repito nuevamente no son documentos determinantes para que la entidad contratante definiera la adjudicación de la oferta y fue solamente un favor que le pedí en ese momento porque yo estaba alcanzado y en la elaboración de mi oferta porque yo soy el que las elaboro"⁷⁵.

Por su parte, el propio **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, admitió en su declaración que compartió los documentos en mención de ambas empresas, a los cuales se refirió como "documentos que tenemos paralelos".

"DELEGATURA: ¿Compartió **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LIMITADA** información con **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.** o viceversa, compartió usted información de la

⁷³ Colombia Compra Eficiente, "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", p. 4.

⁷⁴ Colombia Compra Eficiente, "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", p. 4.

⁷⁵ Folio 1831 del cuaderno público No. 8. Minuto 45:50.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

*elaboración de la propuesta de **PROYECTAR INGENIERÍA** con gente de **DESARROLLAMOS INGENIERÍA**?*

RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO: *Sí, correcto.*

DELEGATURA: *¿Qué tipo de información?*

RESPUESTA: *Los documentos que tenemos paralelos, por ejemplo los antecedentes judiciales, penales, boletín de responsables fiscales y los, y la parte de por ejemplo de MIPYME, que lo que le digo me llegó la información, metimos nosotros la de **DESARROLLAMOS***⁷⁶.

En línea con lo anterior, el Despacho acreditó lo siguiente respecto de los documentos antes mencionados tramitados por **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**:

- Los certificados de existencia y representación legal de ambas empresas fueron expedidos en la misma fecha, en horas muy cercanas, y con números de documentos prácticamente consecutivos para ambas empresas⁷⁷.
- Los certificados de antecedentes disciplinarios y de antecedentes judiciales de las personas naturales investigadas también fueron expedidos en la misma fecha y en horas muy cercanas⁷⁸.
- Las pólizas de garantía de seriedad de la oferta que presentaron **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** fueron expedidas en la misma fecha y con intervención del mismo funcionario del intermediario de seguros SU POLIZA DE SEGUROS⁷⁹.

Al respecto, se recuerda que esta Superintendencia ha indicado en numerosas oportunidades, en consonancia con lo expresado por la **OCDE**, que precisamente los documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente, constituyen señales de advertencia que sirven para detectar una posible conducta colusoria.

En esta línea, se encontró además que se presentaron coincidencias en los aspectos de forma de las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, en la medida en que ordenaron de la misma forma la presentación de los documentos en los índices y utilizaron el mismo tipo de viñetas no obstante que el **MINCULTURA** no definió nada en tal sentido⁸⁰. Este tipo de coincidencias (la similitud de forma y formatos en las propuestas cuando no son provistos por la entidad) también han sido identificadas por esta Superintendencia y la **OCDE** como señales de advertencia de conductas colusorias.

Adicionalmente, se acreditó que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, también gestionó la consecución del "certificado pago aportes" y el "certificado de mipyme para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**", de lo cual da cuenta un correo electrónico que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** le envió a **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, con asunto: "**INFORMACIÓN FINANCIERA**". En el correo electrónico mencionado se manifestó lo siguiente:

"AURA
REQUIERO CERTIFICACIÓN PAGO DE APORTES Y CERTIFICADO DE MYPIME DE
PROYECTAR Y DESARROLLAMOS

ATT

⁷⁶ Folio 926 del cuaderno público No. 4 del Expediente. Carpetas: *TESTIMONIOS/Darío Solarte*, archivo: *darío solarte.aif*, minuto 20:16.

⁷⁷ Folio 1574 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁷⁸ Folio 1574 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁷⁹ Folio 1574 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁸⁰ Folio 1573 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

ING. RUBÉN DARÍO SOLARTE.⁸¹

Al respecto, se resalta que el "certificado aportes" también es uno de los "requisitos jurídicos" que se encuentran en el Capítulo 2 del pliego de condiciones, el cual consagra los "Documentos de la propuesta - requisitos habilitantes".

El Despacho también evidenció que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó la consecución de la garantía de seriedad de la oferta de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**. En efecto, él solicitó a través de su cuenta rsolarte@proyinsa.com al intermediario de seguros SU PÓLIZA DE SEGURO ASESORES LTDA expedir las pólizas de seriedad de la ofertas para las dos compañías. Dicho correo dice lo siguiente:

"FAVOR EXPEDIR GARANTÍAS DE SERIEDAD ASÍ:
UNA PÓLIZA PARA PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.
OTRA PÓLIZA PARA DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA.

OJO CIERRA EL VIERNES EN BOGOTÁ POR LO TANTO DEBE VIAJAR EL JUEVES

ATT
ING. RUBÉN DARÍO SOLARTE"⁸²

Frente a este documento, se resalta que la póliza de seriedad de la oferta también es un documento fundamental para la participación en el proceso. Tal es su importancia, que si no se adjunta con la presentación de la oferta, esta debe ser rechazada por la entidad sin posibilidades de subsanación. En los términos del "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", elaborado por Colombia Compra Eficiente, "Los proponentes deberán entregar la garantía de seriedad de la oferta junto con la propuesta. La no entrega de la garantía junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo por parte de las Entidades Estatales"⁸³.

Tal y como se evidenció en el correo electrónico arriba transcrito, **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, en desarrollo del mencionado actuar coordinado, también gestionó la consecución del "certificado de mipyme de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**". Al respecto, el Despacho evidenció en el pliego de condiciones que la acreditación de mipyme era uno de los criterios "Para el caso de empate entre varias propuestas que se encuentren en igualdad en el puntaje total"⁸⁴.

De hecho, tal sería el grado de coordinación entre ambas empresas en la elaboración de sus propuestas, que la "certificación de pymes" que acreditó **DESARROLLAMOS** correspondía a la de **PROYECTAR**, y la que presentó **PROYECTAR** pertenecía a la de **DESARROLLAMOS**⁸⁵.

Así las cosas, el Despacho considera que las gestiones de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, fueron fundamentales para ambas empresas, pues sin los documentos que él tramitó, los investigados no hubieran podido participar en el proceso contractual, por lo cual sus ofertas tampoco hubieran sido evaluadas, y por lo tanto, no hubiera sido posible la adjudicación del contrato para ninguna de ellas.

⁸¹ Folio 926 del cuaderno público No. 4 del Expediente. (Carpeta: Visita SIC Correo rsolarte@proyinsa.com, archivo: Pantallazos correo electrónico rsolarte@proyinsa.com).

⁸² Folio 926 del cuaderno público No. 4 del Expediente. (Carpeta: Visita SIC Correo rsolarte@proyinsa.com, archivo: Pantallazos correo electrónico rsolarte@proyinsa.com).

⁸³ Colombia Compra Eficiente, "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", p. 8.

⁸⁴ Folios 835 a 838 del Cuaderno Público del Expediente No. 4.

⁸⁵ Folio 1573 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

(iii) Un empleado de PROYECTAR avaló la propuesta de DESARROLLAMOS

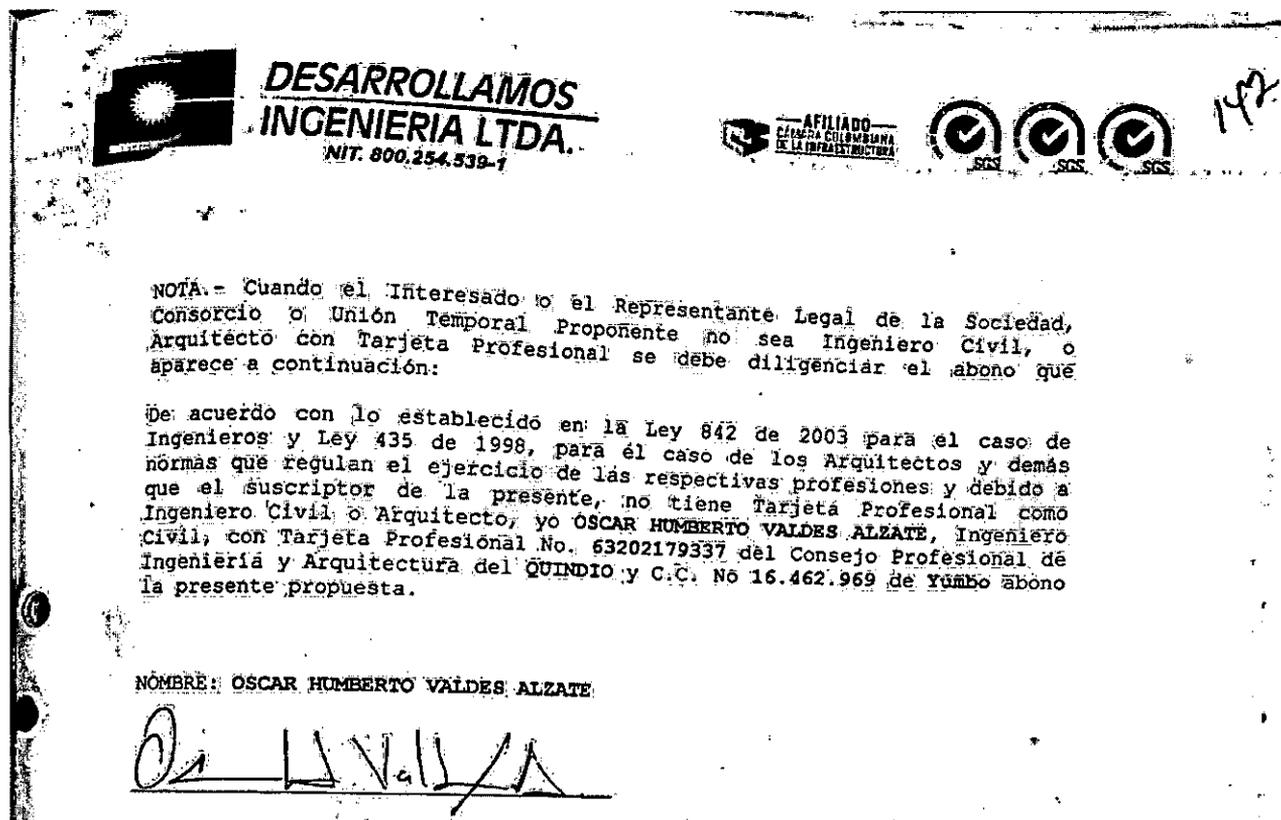
El primer aspecto que establecía el pliego de condiciones del proceso de selección MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA** como requisito habilitante era la "Carta de Presentación", respecto de la cual se precisaba que: "En caso de que el proponente o el representante legal de la persona jurídica o del consorcio o unión temporal, no sea arquitecto o ingeniero civil matriculado, la propuesta deberá ser avalada adicionalmente por un arquitecto o ingeniero civil, mediante la suscripción de la carta de presentación de la propuesta"⁸⁶.

Como puede observarse, si el representante legal de alguna de las empresas investigadas no era arquitecto o ingeniero civil, como era el caso de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, era necesario que su propuesta estuviera avalada por algún profesional de esas disciplinas. De lo contrario, la propuesta no quedaría habilitada, por lo que no podría ser evaluada, y por ende, adjudicado el contrato.

Así las cosas, el Despacho evidenció que **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, empleado de **PROYECTAR**, fue quien avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS** en su calidad de ingeniero, y en los términos requeridos por el pliego de condiciones. El Despacho resalta que sin este apoyo de **PROYECTAR** a **DESARROLLAMOS**, **DESARROLLAMOS** no hubiera sido habilitada dentro del proceso de selección contractual en análisis.

A continuación se presenta una imagen de la carta de presentación de la oferta entregada por **DESARROLLAMOS** dentro de su propuesta, en la que se observa el aval o abono del mencionado empleado de **PROYECTAR**:

Imagen No. 1. Abono de empleado de PROYECTAR a la propuesta de DESARROLLAMOS



Fuente: Información obrante a folio 142 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Como puede observarse, la imagen muestra que **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, empleado de **PROYECTAR**, avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS** en la carta de presentación de la propuesta⁸⁷. Sobre este particular, la condición del ingeniero **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE** fue evidenciada en la declaración de la propia **MARÍA YAMILE**

⁸⁶ Folios 835 a 838 del Cuaderno Público del Expediente No. 4.

⁸⁷ Folios 139 a 142 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

OJEDA SOLARTE⁸⁸. Así mismo, debe resaltarse que **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE** era el asistente de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, quien, como arriba se evidenció, preparó el componente económico de las propuestas de ambas empresas.

Para el Despacho el documento analizado refleja una vez más la conducta anticompetitiva de las empresas investigadas a través de su comportamiento coordinado y anticompetitivo, el cual es perfectamente consistente con la racionalidad de una colusión, tal y como lo ha sostenido la **OCDE** y esta Superintendencia en sus decisiones. Al respecto, se insiste en que las evidencias presentadas no pueden ser valoradas individualmente, sino como parte de un conjunto de pruebas que, bajo el contexto ya indicado, permiten afirmar sin ningún asomo de duda, que la coordinación de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en el proceso de selección MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA** está plenamente demostrada en la presente actuación administrativa.

Ahora bien, no obstante se encuentra demostrada la colusión de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en el proceso de selección MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**, a continuación el Despacho presentará algunas consideraciones de carácter económico y, a manera ilustrativa, mostrará que en virtud de su comportamiento coordinado y anticompetitivo, y bajo el contexto ya indicado, los investigados incrementaron artificialmente sus probabilidades de resultar adjudicatarios del proceso licitatorio mencionado.

9.7.3. Del análisis económico de la conducta de los investigados

En primer lugar, este Despacho advierte que al encontrarse demostrada la colusión de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en el proceso de selección MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**, cualquier análisis económico sobre sus efectos o probabilidades de éxito no tiene la capacidad de desvirtuar su responsabilidad, como lo pretenden los investigados en el extenso análisis económico incluido en sus observaciones al Informe Motivado.

En este sentido, como se explicará en detalle más adelante, resultan irrelevantes los argumentos económicos de los investigados según los cuales sus propuestas no tenían la capacidad para afectar a su favor las probabilidades de éxito, pues, se insiste, bajo ninguna óptica podrían desvirtuar su responsabilidad, comoquiera que la colusión fraguada entre ellos ya se encuentra demostrada y se trata de una violación al régimen de competencia *per se*⁸⁹. De tal suerte, cualquier justificación o explicación tendiente a demostrar que la colusión no tenía la potencialidad de ser exitosa o que no tuvo efectos, no puede constituir un eximente de responsabilidad en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Esta posición ha sido reiterada en varias oportunidades por este Despacho⁹⁰.

Ahora bien, y desde esta perspectiva, a manera ilustrativa se expondrá el análisis de cómo el comportamiento colusorio de los investigados los benefició en desmedro de sus competidores. En esa medida, se mostrará que el incremento artificial en las probabilidades de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** para resultar adjudicatarios del proceso fue posible por las condiciones mismas del proceso licitatorio, aunado a la experiencia común de los investigados en varios procesos y por supuesto, su comportamiento coordinado.

- Las condiciones del proceso licitatorio MC-LP-031-2013

En los procesos de licitación hay factores aleatorios que los proponentes deben enfrentar al momento de presentar sus propuestas. Para el presente caso, uno de ellos fue la selección del mecanismo de calificación.

⁸⁸ Folio 1829 del Cuaderno Público No. 8. Minuto 19:50.

⁸⁹ Esta regla se aplica cuando las conductas probadas son *per se* ilegales respecto al régimen de competencia, por lo que no tienen que, por ejemplo, probarse sus efectos anticompetitivos. En los Estados Unidos y en la Unión Europea esta regla se aplica a ciertos tipos de acuerdos colusorios, entre ellos la colusión en procesos de contratación pública o *bid rigging*. (Ver, entre otros, CRANE, Daniel A., "Antitrust", Wolters Kluwer, New York, 2014, p. 193, VAN DEN BERGH, Roger, "Comparative Competition Law and Economics" y Edward Elgar Publishing, UK, 2017, pp. 1-2 y 226-239).

⁹⁰ Ver, entre otros, la Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016 y la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Sin embargo, tal y como lo indicó la Delegatura en el Informe Motivado, para el proceso de selección contractual objeto de la presente investigación, también se presentaron elementos que en su momento le permitieron a los participantes reducir la incertidumbre generada por dicha aleatoriedad.

En particular, este Despacho encontró los siguientes cuatro (4) elementos que fueron conocidos por los proponentes y que aportaron información relevante para la estructuración de sus propuestas:

1. Las reglas de calificación de las ofertas económicas en todos los procesos similares adelantados por el **MINCULTURA** fueron casi idénticas;
2. El número de proponentes que se presentan a este tipo de procesos de selección era previsible con un alto grado de aproximación por la experiencia adquirida en procesos anteriores (entre 8 y 10 proponentes);
3. El comportamiento histórico de los proponentes presentes en procesos anteriores similares era observable; y
4. El rango en el que estarían los valores de las ofertas económicas que formularían los proponentes era limitado. Lo anterior, porque en las reglas de participación el **MINCULTURA** determinó que las ofertas debían estar ubicadas entre el 90% y el 100% del presupuesto oficial del proceso.

- La experiencia común de los proponentes

La experiencia en el mercado y el aprendizaje de los participantes respecto del comportamiento de sus rivales en procesos anteriores, junto a las condiciones anteriormente señaladas, permitieron a los participantes del proceso reducir la incertidumbre propia del mismo. De esta forma, a los proponentes se les facilitó pronosticar los valores de las ofertas económicas de sus competidores, así como la ubicación de la oferta promedio.

- Comportamiento coordinado de los investigados

Las mencionadas condiciones del proceso contractual y experiencia de los proponentes, constituyeron un escenario idóneo para que el comportamiento cooperativo ya evidenciado entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** lograra su objetivo de aumentar artificialmente la probabilidad de que alguno de los investigados resultara adjudicatario del proceso.

En efecto, este Despacho evidenció lo siguiente:

- Si **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** hubieran actuado en real competencia mediante propuestas autónomas e independientes, la probabilidad de éxito para cada una de las ocho (8) propuestas presentadas habría sido del 12,5%.
- Sin embargo, al haberse presentado **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** como independientes cuando no lo fueron, tal y como este Despacho lo ha evidenciado a lo largo de esta Resolución, le permitió a los investigados aumentar su probabilidad de ganar hasta en un 25%.
- Si en lugar de ocho (8) propuestas presentadas hubieran sido siete (7), cada uno de los participantes hubiera podido tener una probabilidad superior al 14%.

Así las cosas, el comportamiento anticompetitivo de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** conllevó a una clara desigualdad entre los investigados y sus competidores, toda vez que para el momento del sorteo contaban con el doble de probabilidad de ser adjudicatarios respecto a sus competidores.

Por lo tanto, para el Despacho es claro que el actuar colusorio de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** incrementó artificialmente sus probabilidades de resultar adjudicatarios del proceso. Lo anterior representa una violación a la libre competencia por cuanto evita artificialmente que todos los participantes compitan bajo las mismas condiciones.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Así, independientemente de la distancia entre los valores de las propuestas económicas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, este Despacho encuentra evidente que la presentación coordinada de dos ofertas por parte de los investigados les permitió obtener una ventaja frente a sus competidores, al duplicar la probabilidad de adjudicación del contrato en cuestión.

Por otra parte, este Despacho considera que, al igual que las demás evidencias analizadas en esta Resolución, el examen del comportamiento económico también se fortalece bajo un análisis de contexto. Así, para el Despacho este análisis resulta importante para la caracterización y entendimiento de las circunstancias en las que se relacionaban los investigados durante diferentes procesos de licitación.

En primer lugar, el Despacho llama la atención sobre el posible comportamiento secuencial de los investigados resaltado por la Delegatura y consistente en la participación alternada de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en varios procesos consecutivos adelantados por **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI**. El Despacho considera que ello es incluso más notable teniendo en cuenta que para presentar las propuestas económicas, los investigados conformaron un consorcio con la misma empresa en todos los casos: **MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA**. Lo anterior puede evidenciarse en la siguiente tabla:

Tabla No. 4.

PROCESO	PROYECTAR	DESARROLLAMOS
500-GE-SPO-008-2013	CONSORCIO REDES PIME 08 (PROYECTAR - MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA).	
500-GE-SPO-009-2013		CONSORCIO REDES MD 09 (DESARROLLAMOS - MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA).
500-GE-SPO-010-2013	CONSORCIO REDES PIME 10 (PROYECTAR - MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA).	
500-GE-SPO-011-2013		CONSORCIO REDES MD 11 (DESARROLLAMOS - MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA).

Fuente: Portal WEB de Empresas Municipales de Cali – 2013.

En segundo lugar, la Delegatura encontró evidencia de un comportamiento similar en tres (3) procesos de licitación adelantados por la **SECRETARÍA DE RECREACIÓN Y DEPORTES DE CALI**. En esos procesos, los investigados conformaron consorcios con una misma persona, **HÉCTOR HERNANDO CASTELLANOS**, tal y como se observa en la tabla a continuación.

Tabla No. 5.

PROCESO	PROYECTAR	DESARROLLAMOS
LP 4162.0.14.10.001-2012	CONSORCIO DEPORTES PHC 2012 (PROYECTAR - HÉCTOR HERNANDO CASTELLANOS).	
LP 4162.0.14.10.003-2012		CONSORCIO CONSTRUCCIONES DEPORTIVAS (DESARROLLAMOS - HÉCTOR HERNANDO CASTELLANOS - ENRIQUE LOURIDO).
LP 4162.0.14.10.004-2012	CONSORCIO JUEGOS WG 2013 (PROYECTAR - HÉCTOR HERNANDO CASTELLANOS - ENRIQUE LOURIDO - INGENIERÍA COLOMBIA SAS).	

Fuente: Secretaría de Recreación y Deportes de Cali – 2012.

Así las cosas, el Despacho considera que los anteriores ejemplos, si bien no son la prueba del comportamiento coordinado entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en el presente caso, sí

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

constituyen otra muestra de la cooperación existente entre los investigados antes del proceso de selección contractual objeto de la presente investigación.

Finalmente, teniendo en cuenta lo expuesto respecto al análisis económico de las propuestas, el Despacho considera que no son de recibo los argumentos presentados por **PROYECTAR** en sus observaciones al Informe Motivado relativos al alcance del ejercicio económico realizado por la Delegatura en el Informe Motivado. Lo anterior, por las siguientes razones:

1. Tal y como se indicó en el Informe Motivado y se ha reiterado en el presente acto administrativo, el alcance del análisis económico del comportamiento de los investigados no era probar la existencia de la conducta anticompetitiva sino entender la forma en que dicho comportamiento afectó negativamente la competencia en beneficio de los investigados. El Despacho reitera que el comportamiento colusorio de los investigados se evidencia con el cúmulo de pruebas analizadas en esta Resolución.
2. Para el Despacho resulta evidente, tal y como lo han manifestado los investigados, que las ofertas que se presentaron hayan resultado cercanas y económicamente razonables. Sin embargo, el Despacho resalta que ello no desdibuja la existencia del acuerdo.
3. Esta Superintendencia no encuentra pertinente el ejercicio realizado por **PROYECTAR** en el cual comparó su propuesta con la de **DESARROLLAMOS** y las de los demás proponentes. Lo anterior, porque independientemente de que las ofertas económicas de los investigados fueran más o menos cercanas entre sí que con aquellas de sus competidores, lo cierto es que, como ya se explicó, al presentar dos (2) ofertas coordinadas en vez de una sola o dos (2) independientes, **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** duplicaron la probabilidad de que alguno de ellos resultara ganador del proceso.
4. En conclusión, el Despacho rechaza los argumentos presentados por los investigados respecto del análisis económico de su comportamiento porque los mismos, aún si fueran completamente ciertos, no permiten descartar la existencia del acuerdo anticompetitivo.

Así las cosas, para el Despacho las pruebas analizadas, apreciadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal y como lo establece el artículo 176 del Código General del Proceso, evidencian que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** coludieron en el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013. Por lo tanto, para esta Superintendencia está plenamente acreditado en el Expediente que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública).

9.7.4. Conclusiones de la conducta

Se demostró que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** no actuaron de manera independiente, sino de forma coordinada en el proceso licitatorio MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**, con fundamento en lo siguiente:

- **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** han mantenido una estrecha relación desde su constitución, a través de la cual esta Superintendencia demostró que siendo competidoras directas, no solo se apoyaban mutuamente en la gestión de sus proyectos, sino que han compartido funcionarios, han tenido socios y administradores en común, e incluso desarrollan sus actividades en el mismo domicilio. Este contexto resultó coherente con la conducta coordinada, y por ende ilegal por anticompetitiva, desplegada por los investigados en el proceso licitatorio MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**.
- La conducta coordinada y anticompetitiva de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en el proceso licitatorio MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA** se acreditó con las siguientes pruebas, analizadas en conjunto y bajo el contexto ya indicado:
 - **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, estructuró el componente económico de las propuesta de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.
 - **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual para **PROYECTAR** y

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

DESARROLLAMOS, sin los cuales sus propuestas no hubieran podido ser habilitadas dentro del proceso de selección contractual analizado.

- **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, en su calidad de ingeniero y como empleado de **PROYECTAR**, avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**, la cual requería de un aval por parte de un ingeniero según los pliegos de condiciones del proceso.
- El comportamiento coordinado de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en la estructuración económica de las ofertas presentadas incrementaron artificialmente sus probabilidades de resultar adjudicatarios del proceso licitatorio MC-LP-031-2013.
- Los argumentos de tipo económico presentados por los investigados respecto del análisis económico en ningún caso permiten descartar la existencia del acuerdo anticompetitivo. Y en todo caso ese análisis económico no es necesario para probar la conducta colusoria como resultado de la valoración probatoria de las demás evidencias.

9.8. Análisis del Despacho sobre la imputación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)

A continuación el Despacho procede a pronunciarse sobre la imputación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ordenada en la Resolución de Apertura de Investigación.

Al respecto, este Despacho considera que, en la línea de lo arriba señalado respecto de la colusión en la contratación estatal, cuando se evidencia que un investigado vulnera lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 relativo a la colusión en procesos de contratación pública, necesariamente también hace lo propio con la prohibición general dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Sobre el particular, esta Superintendencia ha dicho, entre otras, en la Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015, lo siguiente:

"El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 establece que:

'Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.'

*La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la competencia en un mercado⁹¹. **De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.***

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En resumen, 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

⁹¹ Ver, entre otras, Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

*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"*⁹². (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, al estar probado dentro del Expediente que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** 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.

DECIMO: Que una vez acreditada la infracción imputada, el Despacho procederá a determinar la responsabilidad individual de los investigados.

10.1. Responsabilidad de PROYECTAR Y DESARROLLAMOS

El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...)"

Asimismo, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, establece que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

(...)"

10.1.1. Responsabilidad de PROYECTAR

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **PROYECTAR** incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por lo tanto, también infringió lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así, el investigado violó los principios que regían el proceso de selección, y su finalidad se vio burlada al aparentar competencia con una empresa que en realidad tenía un mismo interés y propósito. Se destaca que fue **PROYECTAR** la empresa que resultó adjudicataria del contrato

⁹² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

objeto del proceso de selección, de lo que se deriva que la estrategia anticompetitiva le resultó exitosa. No obstante, debe advertirse que toda vez que actuaron coordinadamente, el éxito fue para ambos investigados.

Esta conducta implicó que otros proponentes, quienes sí actuaron en sana y libre competencia, tuvieran menos probabilidad de ganar como resultado la acción coordinada colusoria llevada a cabo por **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.

Por todo lo expuesto, para el Despacho es claro que **PROYECTAR** debe ser declarada responsable por violar la libre competencia al coludir en el proceso licitatorio MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**.

10.1.2. Responsabilidad de **DESARROLLAMOS**

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **DESARROLLAMOS** incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por lo tanto, también infringió lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así, **DESARROLLAMOS** violó los principios que regían el proceso de selección, y su finalidad se vio burlada al aparentar competencia con **PROYECTAR** cuando en realidad ambas empresas tenían un mismo interés y propósito.

Esta conducta coordinada entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** conllevó a que otros proponentes, quienes sí actuaron en sana y libre competencia, tuvieran menos probabilidad de ganar.

Por todo lo expuesto para el Despacho es claro que **DESARROLLAMOS** también debe ser declarada responsable por violar la libre competencia al coludir en el proceso licitatorio MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**.

10.2. Responsabilidad de las personas naturales

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. 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 legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

Asimismo, el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

(...)

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.

(...)"

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

10.2.1. Responsabilidad de HENRY LOSADA VÉLEZ, representante legal de PROYECTAMOS

La responsabilidad de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, se encuentra demostrada mediante diversas pruebas obrantes en el Expediente, y para el Despacho es evidente su participación en el comportamiento coordinado que llevaron a cabo las personas jurídicas investigadas en el proceso de selección que interesa en este caso. En efecto, para el Despacho se encuentra demostrado que conocía y permitió que sus empleados estructuraran la parte económica y documental para ambas propuestas, así como el aval de la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, incurrió 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, por haber ejecutado, autorizado y tolerado la práctica restrictiva desarrollada por **PROYECTAR**, por lo que es procedente imponer una sanción en su contra.

10.2.2. Responsabilidad de DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO, representante legal de DESARROLLAMOS

La responsabilidad de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, se encuentra demostrada mediante diversas pruebas obrantes en el Expediente, y para el Despacho también es clara su participación en el comportamiento coordinado que llevaron a cabo las personas jurídicas investigadas en el proceso de selección que interesa en este caso. En efecto, para el Despacho es evidente que conocía o al menos debió conocer que la parte económica y documental para ambas propuestas fue realizada por ambas empresas coordinadamente. Así mismo, es claro que el aval que recibió del empleado de **PROYECTAR** para su propuesta contó con su concurso.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, incurrió 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, por haber ejecutado, autorizado y tolerado la práctica restrictiva desarrollada por **DESARROLLAMOS**, por lo que es procedente imponer una sanción en su contra.

10.2.3. Responsabilidad de RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO, director de licitaciones de PROYECTAR

La responsabilidad de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, se encuentra demostrada mediante diversas pruebas obrantes en el Expediente. Así, para el Despacho quedó demostrado que estructuró el componente documental para la propuesta de ambas empresas, sin el cual ninguna de ellas hubiera podido ser siquiera habilitada para participar en la licitación.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, incurrió 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, por haber facilitado la práctica restrictiva desarrollada por **DESARROLLAMOS**, por lo que es procedente imponer una sanción en su contra.

DÉCIMO PRIMERO: Observaciones de los investigados al Informe Motivado

Frente a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados, a continuación este Despacho abordará los argumentos que no hayan sido respondidos en consideraciones anteriores.

11.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el material probatorio PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO observaron que se habla de un sistema de coordinación que nunca se comprobó, entre otras cosas, porque el mismo se basó en que ambas empresas compartían oficina, lo cual solo hacían cuando actuaban bajo un esquema de consorcio.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Sobre el particular, el Despacho resalta que la actuación coordinada de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** quedó evidenciada en que (i) las mismas personas que prepararon los aspectos fundamentales de la propuesta de **PROYECTAR** hicieron lo propio con la propuesta de **DESARROLLAMOS** y en que (ii) un empleado de **PROYECTAR** avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

Para el Despacho el hecho evidenciado de que compartían oficina es simplemente una de las pruebas de que ambas empresas se apoyan desde hace varios años en la gestión de sus proyectos y empresas. Esto, a su vez, es simplemente uno de los aspectos que evidencian la larga y profunda relación existente entre ambas empresas y varias personas naturales relevantes.

Como arriba se señaló, esta relación en sí misma no prueba colusión alguna pero sí fortalece el análisis específico respecto a la conducta anticompetitiva evidenciada en el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

Por lo tanto, el argumento de los investigados resulta improcedente.

De otra parte, **PROYECTAR**, **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** señalaron que no hay pruebas que evidencien que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, elaboraban propuestas de manera coordinada para las empresas investigadas.

Al respecto, se reitera que el actuar coordinado de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, quedó comprobado con la evidencia encontrada en su computador, valorada en el marco del análisis pertinente relativo a la relación de contexto.

Con relación a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, la coordinación quedó evidenciada al probarse que estructuró el componente documental de la propuesta de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**. En esta estructuración, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual —es decir, los requisitos habilitantes y el requisito de garantía de seriedad de la oferta—, sin los cuales las propuestas de los investigados no hubieran podido ser evaluadas.

Con lo anterior, el argumento queda descartado por infundado.

Por último, frente a los argumentos relacionados con el estándar de prueba, el principio de libertad probatoria, la valoración de lo declarado en el marco de una ratificación y los elementos materiales de prueba que componen la actuación administrativa, este Despacho acoge las consideraciones de la Delegatura señaladas en el Informe Motivado⁹³, las cuales se pasa a reiterar.

Así, en cuanto al estándar de prueba, la Delegatura señaló que el estándar de prueba es el de la valoración conjunta de conformidad con las reglas de la sana crítica, establecido en el artículo 176 del Código General del Proceso.

En cuanto al principio de libertad probatoria, resaltó la importancia de la prueba indiciaria en la detección y demostración en comportamientos restrictivos de la libre competencia económica. El Despacho resalta que ello es así no solo en el derecho de la competencia nacional sino también en el comparado.

Finalmente, en cuanto a la valoración de lo declarado en el marco de una ratificación y los elementos materiales de prueba que componen la actuación administrativa, señaló, con base en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que cuando se trata de valorar la ratificación de una declaración cuya versión es distinta a la rendida en una primera oportunidad, ello no reemplaza, elimina o le resta todo valor demostrativo a la primera versión que se rindió.

Por lo anterior, estas observaciones de la defensa quedan descartadas.

⁹³ Ver en Folio 1977 a 1981 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

11.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el apoyo de RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO, director de licitaciones de PROYECTAR a DESARROLLAMOS

PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO afirmaron que la defensa no ha negado que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, prestó apoyo como un favor personal a **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, para la obtención de documentos como certificaciones que eran descargadas de un computador o solicitadas a la compañía aseguradora y/o obtenidas por el mensajero. Sin embargo, consideran que este hecho aislado no puede ser la prueba que determine la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia.

Al respecto, el Despacho considera que, contrario a lo indicado por los investigados, este no es un hecho aislado, pues al ser valorado en conjunto con el rol de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** en la estructuración del componente económico de las propuestas de ambas empresas, y el hecho que **PROYECTAR** avalara la propuesta de **DESARROLLAMOS**, todo en el marco de la larga profunda relación de contexto, evidencia la acción coordinada de ambas empresas.

De esta forma, el argumento de la defensa se descarta por infundado.

11.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con las pruebas de contexto

Sobre el particular, los investigados solicitaron a la Superintendencia que *"valore las pruebas que tienen relación con el objeto de la presente investigación y que se abstenga de tener en cuenta pruebas de periodos que no son objeto de la presente investigación o de procesos de licitación que no hacen parte del mercado relevante"*. Así mismo, consideraron que *"el denominado material probatorio con el que la Delegatura pretende acreditar que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** incurrieron en un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica corresponde en su gran mayoría a pruebas que no tienen relación con el objeto de la investigación, es decir, el proceso MC-LP-031-2013" y "mucho menos los cargos que le fueron formulados a mis representados"*.

Su argumento también apeló al siguiente aparte de la Resolución SIC 53914 de 2013:

"Concuerda este Despacho con la posición, de la Delegatura al señalar que no son censurables las relaciones pre-existentes entre oferentes en un proceso de contratación pública, sean estas profesionales o personales. En efecto, no solo es natural y legal que compañías que hayan participado en calidad de consorcio o unión temporal en procesos anteriores, se presenten en procesos posteriores como competidores. También es muy común que lo hagan. Mal haría esta autoridad en censurar por sí misma la realización de consorcios y uniones temporales que, además de estar autorizada por otras leyes, resulta en muchas ocasiones eficiente y pro competitiva"⁹⁴

Además, señalaron que, en gracia de discusión respecto de la conducta de los investigados, el único juicio de valor válido es aquel que se realice respecto de los aspectos que comportan o interesan al mercado relevante, es decir, al proceso de selección contractual MC-LP-031-2013, adelantado por el **MINCULTURA**. En consecuencia, razonamientos ajenos o externos a ese proceso, no deben considerarse como apropiados.

Así mismo, señalaron que cada medio de prueba que compone el Expediente fue convenientemente calificado por la Delegatura, quien de manera sorpresiva y sin fundamento, se aventuró a sacar conclusiones tendenciosas que desdibujan la actividad legítima de agentes de mercado que simplemente se ciñeron a la libertad de empresa. Así, por ejemplo, las declaraciones de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, para cualquier persona libre de intereses o pasiones parecerán correspondientes a una actividad lícita y transparente.

Al respecto, el Despacho considera que las pruebas que evidencian el acuerdo restrictivo de la competencia son aquellas relativas a la acción coordinada específica entre **PROYECTAR** y

⁹⁴ Folio 2032 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

DESARROLLAMOS en el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013. Es decir, aquellas que evidencian que (i) las mismas personas que prepararon la propuesta de **PROYECTAR** hicieron lo propio con la propuesta de **DESARROLLAMOS** y en que (ii) un empleado de **PROYECTAR** avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

Más concretamente, aquellas que demuestran que (i) **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, estructuró el componente económico de las propuestas de ambas empresas, (ii) **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, estructuró el componente documental de ambas propuestas, y (iii) el rol de **PROYECTAR**, a través de su empleado **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, empleado de **PROYECTAR**, y asistente de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, al avalar la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

Para el Despacho, estas pruebas son suficientes para probar que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Lo anterior, independientemente de que más pruebas evidencian la larga y profunda relación entre los investigados.

Por último, el Despacho reitera que el contexto presentado fortalece el análisis de la acción coordinada específica entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, al evidenciar una larga y profunda relación de colegaje y colaboración entre los investigados.

Así las cosas, la argumentación de la defensa resulta improcedente.

11.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con los documentos encontrados en el computador de MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE, directora del departamento de costos de PROYECTAR

DESARROLLAMOS y **DIEGO LUÍS OCAMPO GIRALDO** manifestaron respecto a los documentos encontrados en el computador de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, que dar fuerza vinculante y carácter probatorio a documentos presuntamente encontrados en su computador, correspondientes a otros procesos de selección distintos al investigado, demuestra la falta de solidez y de contundencia de las acusaciones de la Delegatura.

Sobre el particular, el Despacho reitera que quedó comprobado que en el computador de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, se encontraron las ofertas económicas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** para el proceso contractual objeto de esta actuación. En efecto, y tal como arriba se señaló, se evidenció que en su computador se encontraban ambas ofertas económicas en archivos que fueron creados y guardados antes de la entrega de las propuestas⁹⁵. Es a estos documentos a los que el Despacho da fuerza vinculante y carácter probatorio. Los otros documentos encontrados solo fortalecen el historial de colaboración entre las empresas investigadas a través de las gestiones de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**.

Con lo anterior, el argumento de la defensa se descarta por infundado.

11.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con un precedente de esta Superintendencia

DESARROLLAMOS y **DIEGO LUÍS OCAMPO GIRALDO** manifestaron que en una decisión previa de la Superintendencia, fue archivado un caso con "*idénticas aristas*" al presente. Según la defensa, si bien frente a este caso concreto la Superintendencia no cuenta con elementos suficientes para crear una doctrina probable, dadas las características de dicha decisión es válido acudir a conceptos con fuerza vinculante capaces de crear precedente, entre ellas, decisiones administrativas anteriores. Por lo tanto, el presente caso debería correr una suerte idéntica al aludido, es decir, archivarse la investigación.

⁹⁵ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta: PROYECTAR INGENIERÍA-YAMILETH OJEDA-JEFE DE COSTOS.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

La decisión a que hace referencia la defensa es la Resolución 40835 de 2013, en la que la Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo lo siguiente:

"Concretamente, las acusaciones versaban sobre diversas coincidencias formales en los documentos presentados por las investigadas en sus ofertas, tales como el uso de un logo común, la expedición simultánea de las pólizas de seriedad de la oferta y de algunas certificaciones, así como de la cercanía en las direcciones comerciales de las investigadas".

Esa resolución también señaló lo siguiente:

"Las coincidencias documentales encontradas en las propuestas presentadas por las investigadas en la Licitación demuestran que, o bien existieron coincidencias derivadas del hecho de que las investigadas han participado previamente en procesos licitatorios por lo cual tienen recursos y formatos similares, o bien que compartieron recursos administrativos para armar sus propuestas, no siendo ninguno de los eventos ilegal. Sin perjuicio de que existan coincidencias administrativas, no fue posible demostrar que esa conducta hubiera tenido por objeto coludir en la Licitación, o que hubiera tenido el efecto de distribuir la adjudicación del contrato o de fijar los términos de las propuestas"⁹⁶.

Sobre el particular, este despacho considera que aunque los casos tienen elementos comunes, no son idénticos. Coinciden por ejemplo en el hallazgo de algunas similitudes formales, tales como la expedición simultánea de las pólizas de seriedad de la oferta y de algunas certificaciones. Pero difieren principalmente en que evidencias tan contundentes como las que prueban el actuar coordinado en el caso que nos ocupa, no se encuentran en la investigación que derivó en la resolución que cita la defensa.

En efecto, como lo señala la Resolución 40835 de 2013, en ese caso, *"Dentro de las pruebas encontradas no se evidencia un intercambio de información estratégica encaminado a afectar la adjudicación de la licitación".* Por el contrario, en el caso que nos ocupa está probado el intercambio de información estratégica pues una misma persona (empleada de una de las investigadas) preparó el componente estratégico de ambas propuestas.

Ello quedó evidenciado en que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, preparó el componente económico de ambas propuestas. Tal y como se ha reiterado, ello está probado a partir de la evidencia descubierta en su computador en donde se encontraron las ofertas económicas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** para el proceso contractual objeto de esta actuación, valorado en conjunto con lo probado en el análisis de la relación de contexto en lo relativo a su rol fundamental para ambas empresas en la preparación del aspecto económico de otras de sus propuestas.

Así las cosas, el argumento de la defensa se descarta por infundado.

11.6. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que la conducta investigada no es típica, antijurídica y culpable

DESARROLLAMOS y **DIEGO LUÍS OCAMPO GIRALDO** manifestaron que el actuar de los investigados no constituye una conducta típica, antijurídica y culpable.

En ese sentido, señalaron la ausencia de los presupuestos requeridos para la determinación de responsabilidad y procedencia de imposición de multas y sanciones, por lo que en el presente caso no se configuró una conducta típica, antijurídica y culpable.

Al respecto, este Despacho considera que la defensa pretende hacer un juicio de responsabilidad penal, lo cual es a todas luces improcedente en una sanción administrativa como la presente.

En efecto, el artículo 9 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece lo siguiente:

"Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

⁹⁶ Folio 2077 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad".

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad. En ese sentido, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dicho lo siguiente:

"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)"⁹⁷.

Así las cosas, el Despacho resalta que con base en esta jurisprudencia, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en varias ocasiones que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo a efectos de determinar la responsabilidad. Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida⁹⁸.

El Consejo de Estado también ha manifestado que:

"(...) Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionada a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas (...)"⁹⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-595 de 2010 lo siguiente:

"En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva). (...)"

En línea con lo anterior, el Despacho reitera que en desarrollo de la *regla per se*, el análisis económico de los efectos del comportamiento de los investigados o sus posibilidades de éxito, en este caso no es necesario para sancionar la conducta colusoria.

Por lo anterior, el argumento de la defensa queda descartado.

DÉCIMO SEGUNDO: Impacto de la conducta en el mercado

En el 2017, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (**DANE**), el Producto Interno Bruto de Colombia fue de 928 billones de pesos, de los cuales 137.4 billones correspondieron al gasto de consumo final del gobierno general. En otras palabras, el gasto del gobierno representó cerca del 15% del gasto total de la economía. Lo anterior es ilustrativo de la

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Rad. No. 13495.

⁹⁸ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28350 de 2004 (Caso Cristalería PELDAR S.A.), la Resolución 37033 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Córdoba E.U. y otros), la Resolución No. 46111 de 2011 (Caso ACEMI y otros) y la Resolución 70736 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Caldas y otros).

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 6 de agosto de 1992. Rad. No. 3941.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

importancia de las compras públicas, a través de las cuales el gobierno se abastece de bienes y servicios necesarios para el correcto cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, la adecuada ejecución de las compras públicas permite por un lado, el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad. Lo anterior en suma, permite que se logre una asignación eficiente de los recursos públicos.

Cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable bajo el régimen de libre competencia económica en Colombia, pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una libre participación de las empresas en el mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen cualquier tipo de práctica o conducta para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconocen internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering* y son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

En el caso que nos ocupa, el objeto del contrato consistía en la reparación y reforzamiento estructural de la Casa de la Cultura del municipio de Dagua, Valle del Cauca. De acuerdo con el **MINCULTURA**, las casas de la cultura juegan un papel importante en el desarrollo de las comunidades, pues *"Las casas de la cultura se constituyen en instituciones estratégicas y determinantes para que esa acción estatal, esa participación comunitaria y el acceso de la comunidad a los bienes y servicios culturales se hagan realidad. Por las razones mencionadas, las casas de la cultura son el hábitat fundamental para el fortalecimiento de una ciudadanía democrática cultural."*¹⁰⁰

En este sentido, las casas de cultura son las encargadas de: (i) liderar, participar e implementar la formulación de políticas y programas culturales que conducen al desarrollo cultural de la comunidad y a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos; (ii) garantizar el acceso a los consumidores a los bienes y servicios culturales; (iii) aumentar los niveles de consumo cultural; (iv) potenciar el capital social y (v) generar bienestar social a través del empoderamiento a la comunidad, la inclusión social, el fortalecimiento de los vínculos comunitarios y la generación de lazos de confianza.

Esta Superintendencia encuentra de suma importancia que los recursos destinados a las casas de cultura sean utilizados de la manera más eficiente posible toda vez que las mismas son espacios de investigación, creación, innovación, circulación cultural y educación no formal.

Adicionalmente, de acuerdo con un diagnóstico realizado por el **MINCULTURA**¹⁰¹, la mayoría de las casas de la cultura tenían, en 2006, más de 20 años de construidas con lo cual una de las principales prioridades del gobierno de acuerdo con su política de casas de cultura correspondía a una alta inversión en infraestructura en el marco del Programa Nacional de Infraestructura del **MINCULTURA** para adecuar y reformar las sedes de las casas de cultura.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, una práctica anticompetitiva como la desarrollada por **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** tendiente a limitar la libre competencia por el contrato de reparación de la infraestructura de la Casa de la Cultura en el municipio de Dagua tiene un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados por el **MINCULTURA** para tal fin, pues impidió que dicha entidad y la población en general se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

¹⁰⁰ **MINISTERIO DE CULTURA**, "Políticas para las Casas de la Cultura", disponible en: http://www.mincultura.gov.co/ministerio/politicas-culturales/politica-para-las-casas-de-cultura/Documents/18_politica_casas_cultura.pdf, consultado el 29 de mayo de 2018.

¹⁰¹ *Ibidem*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

DÉCIMO TERCERO: Monto de las sanciones

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"¹⁰².

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con la adquisición de bienes y servicios por parte del gobierno, que como se señaló anteriormente, resulta ser una de las más gravosas, teniendo en cuenta que el gasto del gobierno representa cerca del 15% del gasto total de la economía y que cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una asignación eficiente de los recursos públicos. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en el marco de compras públicas tendrá un impacto importante en la economía, la industria y el bienestar de la población colombiana.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

¹⁰² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 125 del 18 de febrero de 2003. Exp. Rad. D-4059.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

13.1. Agentes de mercado

13.1.1. Sanción a pagar por PROYECTAR

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **PROYECTAR**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso de selección en cuestión y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues una práctica anticompetitiva como la desarrollada por **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** que limite la libre competencia que debería presentarse por lograr obtener el contrato de reparación de la infraestructura de la Casa de la Cultura en el municipio de Dagua tiene un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados por el **MINCULTURA** para tal fin, pues impidió que dicha entidad y la población en general se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección ML-LP-031-2013 adelantado por el **MINCULTURA**, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva resultó exitosa, toda vez que **PROYECTAR** resultó adjudicatario del contrato por un valor de MIL CIEN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SEIS M/CTE (\$1.100.843.406).

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **PROYECTAR** tuvo una participación activa en la conducta anticompetitiva que se acreditó en el proceso de selección en cuestión.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **PROYECTAR** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **PROYECTAR**, se le impondrá una multa de **SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTISEIS MIL CIENTO CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 757.726.140.00)** equivalentes a **NOVECIENTOS QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (915 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 15,8% aprox. de su patrimonio de 2017 y al 15,8% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,92% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.1.2. Sanción a pagar por DESARROLLAMOS

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **DESARROLLAMOS**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso de selección en cuestión y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues una práctica anticompetitiva como la desarrollada por **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** que limite la libre competencia que debería presentarse por lograr obtener el contrato de reparación de la infraestructura de la Casa de la Cultura en el municipio de Dagua tiene un impacto negativo

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

significativo en los recursos públicos destinados por el **MINCULTURA** para tal fin, pues impidió que dicha entidad y la población en general se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección ML-LP-031-2013 adelantado por el **MINCULTURA**, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva resultó exitosa, toda vez que aunque **DESARROLLAMOS** no resultó adjudicatario del contrato, **PROYECTAR** sí lo logró, lo que resultó en una conducta exitosa para ambas empresas en la medida en que estaban coludidas.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **DESARROLLAMOS** tuvo una participación activa en la conducta anticompetitiva que se acreditó en el proceso de selección en cuestión.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **DESARROLLAMOS** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **PROYECTAR**, se le impondrá una multa de **DOSCIENTOS DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$202.888.420.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (245 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 9,36% aprox. de su patrimonio de 2017 y al 15,11% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,25% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.2. Personas naturales

13.2.1. Sanción a HENRY LOSADA VÉLEZ, representante legal de PROYECTAR

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **HENRY LOSADA VÉLEZ**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues una práctica anticompetitiva como la desarrollada por **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** que limite la libre competencia que debería presentarse por lograr obtener el contrato de reparación de la infraestructura de la Casa de la Cultura en el municipio de Dagua tiene un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados por el **MINCULTURA** para tal fin, pues impidió que dicha entidad y la población en general se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado participó activamente y de manera protagónica en la ejecución del acuerdo anticompetitivo en su calidad de representante legal de **PROYECTAR**.

Se tiene entonces que a **HENRY LOSADA VÉLEZ** se le impondrá una multa de **SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$74.530.440.00)** equivalentes a **NOVENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (90 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 4,5% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

13.2.2. Sanción a DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO, representante legal de DESARROLLAMOS

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues una práctica anticompetitiva como la desarrollada por **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** que limite la libre competencia que debería presentarse por lograr obtener el contrato de reparación de la infraestructura de la Casa de la Cultura en el municipio de Dagua tiene un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados por el **MINISTERIO DE CULTURA** para tal fin, pues impidió que dicha entidad y la población en general se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal*, este Despacho se permite resaltar que, tal y como lo indicó la Delegatura en el Informe Motivado, **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** cambió sus versiones de forma significativa a lo largo de la actuación administrativa. En efecto, durante la etapa de averiguación preliminar, el investigado afirmó que la parte administrativa de **DESARROLLAMOS** funcionaba en las instalaciones de **PROYECTAR**, hecho que negó durante su declaración en la etapa de recaudo de pruebas. Por lo anterior, este Despacho tendrá en cuenta de forma negativa la conducta procesal del investigado para la dosificación de la sanción.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado participó activamente y de manera protagónica en la ejecución del acuerdo anticompetitivo en su calidad de representante legal de **DESARROLLAMOS**.

Se tiene entonces que a **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** se le impondrá una multa de **VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$24.843.480.00)** equivalentes a **TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (30 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 1,5% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

13.2.3. Sanción a RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO, director de licitaciones de PROYECTAR

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues una práctica anticompetitiva como la desarrollada por **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** que limite la libre competencia que debería presentarse por lograr obtener el contrato de reparación de la infraestructura de la Casa de la Cultura en el municipio de Dagua tiene un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados por el **MINCULTURA** para tal fin, pues impidió que dicha entidad y la población en general se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que el investigado, sin justificación alguna, desatendió la citación para que absolviera interrogatorio durante la etapa probatoria con lo cual su conducta procesal se calificará como reprochable.

Finalmente, en cuanto a la *grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado participó activamente en la ejecución del acuerdo anticompetitivo en su calidad de director de licitaciones de **PROYECTAR**.

Se tiene entonces que a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** se le impondrá una multa de **DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIÚN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$12.421.740.00)** equivalentes a **QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (15 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 0,75% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.**, identificada con NIT 800.119.214-4 y **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA**, identificada con NIT 800.254.539-, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a los agentes de mercado responsables de violar la libre competencia las siguientes multas:

2.1. A PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S. identificada con NIT 800.119.214-4, una multa de **SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTISEIS MIL CIENTO CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 757.726.140.00)**, equivalentes a **NOVECIENTOS QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (915 SMLMV)**.

2.2. A DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA, identificada con NIT 800.254.539-1, una multa de **DOSCIENTOS DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$202.888.420.00)** equivalentes a

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (245 SMLMV).

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que **HENRY LOSADA VÉLEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.999.573, en su calidad de representante legal de **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.**; **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.825.105, en su calidad de representante legal de **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA**; y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** identificado con cédula de ciudadanía No. 94.317.041, en su calidad de director de licitaciones de **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.**, 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, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER las siguientes sanciones a las anteriores personas naturales responsables de violar la libre competencia:

4.1. A HENRY LOSADA VÉLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.999.573, una multa de **SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$74.530.440.00)** equivalentes a **NOVENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (90 SMLMV)**.

4.2. A DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.825.105, una multa de **VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$24.843.480.00)** equivalentes a **TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (30 SMLMV)**.

4.3. A RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.317.041, una multa de **DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIÚN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$12.421.740.00)** equivalentes a **QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (15 SMLMV)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a las personas naturales y jurídicas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S., DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA, HENRY LOSADA VÉLEZ, DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO,** informan que:

Mediante Resolución No. **Nº - 2076** de 2019 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S. y DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA,** por violar la libre competencia al incurrir en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al coludirse en el proceso de selección contractual MC-LP-031-2013 adelantado por el **MINISTERIO DE CULTURA,** y contra **HENRY LOSADA VÉLEZ, DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO,** por haber incurrido 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.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

PARÁGRAFO PRIMERO. La publicación deberá realizarse en un lugar visible de un diario de amplia circulación nacional y remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia, dentro de los siguientes diez (10) días siguientes a la fecha de la publicación.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La ausencia de publicación o la no remisión de la constancia de la misma dentro de los términos indicados, podrá ocasionar la responsabilidad tipificada en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 en cabeza de las personas o entidades a quienes se les impuso dicha carga, en cuanto se considerará una omisión en acatar en debida forma las órdenes impartidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

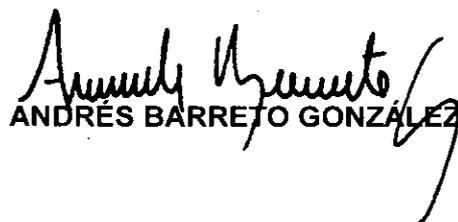
ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S., DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA., HENRY LOSADA VÉLEZ, DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO,** entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **31** ENE 2019

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR

PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.
Nit. 800.119.214-4
HENRY LOSADA VÉLEZ
C.C. 14.999.573
RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO
C.C. 94.317.041
Apoderada
MABEL JULIANA CHINCHILLA GUERRERO
C.C. 1.022.323.092
T.P. 179.024 del C.S. de la J.
Carrera 10 No. 91-10 Torre A Oficina 502

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Bogotá D.C.
julianachinchilla@gmail.com
julianachinchilla@chinchillasolano.com

DESARROLLAMOS INGENIERÍA LIMITADA

Nit. 800.254.539-1

DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO

C.C.16.825.105

Apoderado

JUAN GUILLERMO ORTÍZ ROJAS

C.C. 1.026.252.232

T.P. 190.320 del C.S. de la J.

Carrera 15 No. 88 – 21 Oficina 201

Edificio Torre Unika Virrey

Bogotá D.C.