



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

Versión Pública

RESOLUCIÓN NÚMERO - 7 7 7 8 5 DE 2013
 (13 DIC 2013)

Radicación: 11-130038

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política establece que “[...] *la libre competencia económica es un derecho de todos [...]*” y que “[...] *el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*”.

SEGUNDO: Que el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 en sus numerales 2 y 3, establece como función de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante **SIC**), en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, “[...] *velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales*” así como: “[...] *conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales 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*”.

TERCERO: Que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, establece como función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: “[...] *tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*”.

CUARTO: Que el 21 de junio de 2011, la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** publicó los estudios y documentos previos¹ del proceso de contratación directa CB-CD-14-2011 con el objeto de:

“Adquirir, implementar e implantar el aplicativo para el observatorio a la contratación pública con su respectiva licencia de uso de la herramienta digital web 2.0 denominada GOOSSE, la cual debe permitir obtener una tasa de prospección sostenible en el tiempo en 50.000 ciudadanos de la red de ciudadanos por la transparencia, contando con registro, Seguridad y protección a los usuarios, perfil de usuarios y funcionalidad del perfil, Uso indebido, Redes sociales, articulación con otras entidades del estado, Geoposicionamiento, Contáctenos en el Portal Sistema digital por la transparencia ciudadana de la Contraloría de Bogotá y de manera colaborativa, los ciudadanos puedan proponer, comentar, votar y controlar en las

¹ Folios 112 a 131 del Cuaderno No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 11-130083.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

diferentes etapas de la contratación del Distrito de Bogotá, lo cual, servirá de insumo para el ejercicio del control fiscal articulado con el control social en tiempo real, tal y como se describe en las especificaciones técnicas”.

QUINTO: Que el 24 de junio de 2011, la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** profirió la Resolución No. 1229² mediante la cual justificó la contratación directa de la licencia enunciada en el acápite precedente, con el siguiente razonamiento:

*“Que de acuerdo con las características del servicio a proveer, la naturaleza y el monto del contrato a celebrar, y de conformidad con lo establecido en el artículo 2, numeral 4, literal g de la Ley 1150 de 2007 en concordancia con el numeral 2 del artículo 81 del Decreto 2474 de 2008, la modalidad de selección a efectuar es **CONTRATACIÓN DIRECTA**, puesto que dentro de las modalidades de **CONTRATACIÓN DIRECTA** se establece cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, a lo que la norma señala expresamente **Cuando sólo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo (...)**”*

SEXTO: Que el 28 de junio de 2011 se suscribe el contrato No. 28³ entre **LINK MARKETING VISUAL S.A.S** (en adelante **LINK MV**) y la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, a través del cual el primero se obliga para con el segundo a otorgar el derecho no exclusivo del uso del software denominado GOOSE.

SÉPTIMO: Que el 1 de junio de 2012 se termina el contrato No. 28 de 2011 entre **LINK MV** y la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** y el 28 de septiembre de 2012 se firma acta de liquidación⁴ entre los contratantes.

OCTAVO: Que el 3 de octubre de 2011, [REDACTED], presenta ante la **SIC** escrito de denuncia reservada radicada con el No. 11-130038-0⁵, por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia realizadas por **LINK MV** y por su representante legal y socio **FERNÁN OCAMPO GONZÁLEZ** en el proceso de contratación directa CB-CD-14-2011, adelantado por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**.

Los hechos principales que fundamentan la denuncia son los siguientes:

- A partir de noticias publicadas en el periódico **EL ESPECTADOR** los días 22 de junio y 6 de septiembre de 2011, se pudo advertir que la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** iba

² Folios 19 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

³ Folios 347 a 363 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

⁴ Folios 980 a 985 del Cuaderno No. 5 del Expediente.

⁵ Folios 1 a 19 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

a lanzar un aplicativo llamado YOSOYBOGOTA con funciones muy parecidas al COBRA⁶.

- El denunciante inició una indagación y pudo confirmar que el dominio www.yosoybogota.com se encontraba registrado a nombre de **FERNÁN OCAMPO GONZÁLEZ**, representante legal de **LINK MV**, y luego de consultar el Sistema Electrónico Para la Contratación Pública (en adelante **SECOP**), se encontró que la contratación del dominio mencionado había sido efectuada por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** a través de una contratación directa con **LINK MV** por un valor de \$522.000.000 mcte. La herramienta se llamó inicialmente GOOSE, y después se le cambió el nombre a YOSOYBOGOTA.
- El denunciante expone las razones por las cuales el contrato no debió haberse adjudicado a través de una contratación directa:

[REDACTED]

- El contrato superaba el monto de la menor cuantía de la entidad contratante.
- La herramienta [REDACTED] fue reconocida por varios medios y entidades, por lo que su existencia y sus funciones fueron ampliamente difundidas.

- [REDACTED]

De acuerdo a los hechos expuestos, señala el denunciante que la conducta realizada constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia, en particular por violación a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, además de la posible vulneración al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁷.

Las peticiones⁸ contenidas el escrito de denuncia se resumen a continuación:

⁶ [REDACTED]

⁷ Folio 11 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁸ Folio 4 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

- Que de conformidad con lo dispuesto por el Parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, el escrito de denuncia, así como la identidad del denunciante se mantengan en reserva, en atención al riesgo que existe de represalias comerciales.
- Que en atención a los hechos y pruebas que se describen y aportan a la **SIC**, la autoridad adelante una averiguación preliminar y abra investigación formal en contra de **LINK MARKETING VISUAL S.A.S.** y de su Representante Legal, **FERNÁN OCAMPO GONZÁLEZ**, en relación con la celebración del contrato entre la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ** y **LINK MARKETING VISUAL S.A.S.**
- Que se declare que la celebración del contrato entre la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ** y **LINK MARKETING VISUAL S.A.S.** restringe la libre competencia en el mercado, se ordene la eliminación de la restricción y se impongan las sanciones correspondientes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Sobre cada una de las pretensiones se pronunciará esta Delegatura en el numeral **DÉCIMO QUINTO** de la presente Resolución.

NOVENO: Que en el curso de la evaluación de admisibilidad de la denuncia [REDACTED] y de conformidad con las facultades conferidas a esta Entidad, se practicaron y allegaron las siguientes pruebas:

9.1. Documentales

- Mediante escrito de radicado No. 11-130038-12⁹ del 13 de abril de 2012 el denunciante presentó ampliación de información a su escrito de denuncia, la cual refería a los siguientes aspectos:
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - Explicación de las diferencias entre una página web o gestor de contenidos y una aplicación web.
- Mediante comunicación radicada con el No.11-130038-6¹⁰ del 8 de marzo de 2012 esta Delegatura solicitó [REDACTED] con el fin de determinar si el aplicativo cumplía con las funcionalidades que se relacionaron en el requerimiento y que se transcriben a continuación:

⁹ Folios 762 a 769 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folio 282 y 283 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

"1. Desarrollo con componentes de e-government (Gobierno en línea), el cual consiste en el uso de las tecnologías de la información y el conocimiento en los procesos internos de la entidad que pretende implementar el aplicativo a fin de permitir una interacción con la ciudadanía, especialmente en la entrega de los productos y servicios del Estado a los ciudadanos.

2. Disponer de componente de Tecnología Cloud Computing (Nube de información), que permita publicar productos y servicios en internet, así como el manejo de perfiles.

3. Desarrollo Web 2.0, el cual consiste en el desarrollo de aplicaciones web que faciliten el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario y la colaboración en la WWW. Prestación de los siguientes servicios web: red social, alojamiento de videos, alojamiento de fotos e interacción de redes sociales y protección de usuarios.

4. Cuenta con extracción en línea de la información mediante web services.

5. Permite al ciudadano radicar denuncias y comentarios en línea, permitiéndoles a su vez tener como herramienta la carga en línea de fotos y videos acerca de los contratos sujetos a la vigilancia y control de las entidades estatales.

6. Recibir insumo para la muestra del proceso auditor como resultado de los contratos observados por la ciudadanía.

7. Implementa alertas y alarmas en todos los procesos misionales de la entidad.

8. Especifique con cuáles sistemas de información puede realizar la herramienta [REDACTED], procesos de conectividad e interoperabilidad.

9. Contar con respaldo de hardware suficiente para mantener servicios disponibles para prospección de 50.000 ciudadanos. Contando con tiempo de respuesta óptimo.

10. Presentación de contratos georeferenciados individualmente en localidades.

11. Presentar avances ejecución contratos.

12. Dispone de una herramienta que permita de manera segura y en línea, observar y hacer seguimiento del estado en que se encuentran los procesos misionales de la entidad. Ej.: Muestra, Auditoria, Responsabilidad Fiscal y Cobro Coactivo.

13. Parametriza y resulta apta para hacer seguimiento a todo tipo de contratos, no solo aquellos de obra pública. En caso de ser negativo, explique cuáles serían los cambios a realizar en la plataforma, para incluir los restantes tipos contractuales. Así mismo, indique el tiempo que le llevaría hacer dichas adecuaciones y los costos que esto implicaría".

Adicionalmente, se solicitó que se respondieran las siguientes preguntas:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

4. ¿Conoció usted si la Contraloría de Bogotá contacto alguna otra empresa aparte de LINKMARKETING VISUAL SAS para efectos de evaluar la herramienta digital a contratar? En caso de ser afirmativo, precise qué empresa, cuándo y el objeto de la reunión”.

- A través de comunicación de radicado No. 11-130038-20¹¹ del 19 de abril de 2012, el denunciante respondió al cuestionario referido con inmediata anterioridad, de la siguiente manera:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

¹¹ Folios 798 a 803 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

4. NO POSEEMOS NINGUN TIPO DE INFORMACION RESPECTO A QUE SE HAYA INTENTADO CONTACTAR A OTRO POSIBLE O POTENCIAL OFERENTE."

- Mediante escrito de radicado No. 11-130038-7¹² del 14 de marzo de 2012, esta Delegatura solicitó a la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** que allegara con destino al Expediente, la siguiente información concerniente a la necesidad de contratar un observatorio de la contratación distrital:

"- Cuando iniciaron los estudios a fin de determinar el producto que mejor se adaptara a las necesidades de la Contraloría Distrital de Bogotá, se tuvo de presente el contrato de obra pública como objetivo. Explique: ¿por qué razón decidieron ampliar la necesidad a la totalidad de contratos celebrados por el Distrito, y no únicamente a aquellos de obra pública?

- Teniendo como referente las solicitudes de cotización fechadas los días 4 y 7 de abril de 2011 remitidas a las empresas INGENIAN SOFTWARE y LINK MARKETINK VISUAL SAS, respectivamente, ¿En qué momento y a petición de quién, decidió la Contraloría ampliar la necesidad a la totalidad de contratos celebrados por el Distrito, y no únicamente a aquellos de obra pública?

- En el documento titulado Estudios Previos para la celebración de contratos de la Contraloría Bogotá D.C., fechado el 21 de junio de 2011 cuyo objeto consiste en la contratación del APLICATIVO OBSERVATORIO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, en el numeral 4 de la página 7, se habla de: "Establecer y poner en marcha el aplicativo del Observatorio a la contratación (especialmente de obra pública), como Línea de Política Institucional, para monitorear en tiempo real la contratación en el Distrito Capital, lo cual servirá como insumo para el ejercicio auditor". Explique la razón por la cual se refiere especialmente a la contratación de obra pública.

- En el documento titulado Estudios Previos para la celebración de contratos de la Contraloría Bogotá D.C., fechado el 21 de junio de 2011 cuyo objeto consiste en la contratación del APLICATIVO OBSERVATORIO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, en la página 15 respecto de la distribución funcional de las Direcciones se dice: "El portal estará dividido en todas las direcciones en las cuales la Contraloría de Bogotá hace control fiscal, en cada una se podrá visualizar las obras públicas asignadas, publicando avances de cada tramo, obra o proyecto y ejecución presupuestal de los mismo (sic) que se estén interviniendo que se esté interviniendo (sic)". Explique la razón por la cual se refiere exclusivamente al contrato de obras públicas dejando de lado el resto de tipos contractuales previstos en la ley."

¹² Folios 284 a 286 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- Mediante documento de radicado No. 11-130038-10¹³ de 30 de marzo de 2012, la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** contestó el anterior requerimiento bajo la argumentación que a continuación se transcribe:

"1. ACERCA DE LA NECESIDAD DE LA CONTRALORÍA POR CONTRATAR UN OBSERVATORIO

A) Cuando iniciaron los estudios a fin de determinar el producto que mejor se adaptara a las necesidades de la Contraloría Distrital de Bogotá, se tuvo de presente el contrato de Obra Pública como objetivo. Explique: ¿Por qué razón decidieron ampliar la necesidad a la totalidad de contratos celebrados por el Distrito, y no únicamente a aquellos de obra pública?

RESPUESTA DE LA CONTRALORIA (SIC) DE BOGOTA (SIC)

*A la pregunta identificada en el literal A) respondemos que como resultado de las auditorías regulares practicadas por la Auditoría General de la República a las actividades de la Contraloría de Bogotá, y para el caso que nos ocupa, a la totalidad de nuestra CONTRATACIÓN en todas sus etapas **Precontractual** desde la selección del contratista y todo el proceso de adjudicación, **Contractual, Liquidación del contrato, Imposición de multas, Cláusulas penales y otras sanciones**; el ente de control fiscal del orden nacional a quien compete la confrontación de la contratación con las normas legales que las rigen, la verificación de su transparencia, efectividad, eficiencia y oportunidad, en su informe final del año 2010, nos hizo la observación de que procediéramos a 'Establecer y poner en marcha el aplicativo del Observatorio a la*

¹³ Folios 289 a 298 del Cuaderno Público No.2 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

contratación de obra pública, como línea de Política Institucional, para monitorear en tiempo real la contratación en el Distrito Capital, lo cual servirá como insumo para el ejercicio auditor'. Pero para las necesidades de la Contraloría, a mediados del 2011, y concretamente en el mes de agosto/11, como resultado del operativo realizado el 28 de julio del 2011 a los contratos de suministro de alimentación a comedores comunitarios en Bogotá, la alta dirección consideró que sería importante que el observatorio para el monitoreo en tiempo real se extendiera a la totalidad de los contratos estatales por cuanto en unos y en otros hay riesgo de ocasionar daño o lesión al patrimonio público o a la ciudadanía, además de poder verificar en tiempo real que se adecúen a la normatividad y a los principios que rigen el derecho administrativo.

B) Teniendo como referente las solicitudes de cotización fechadas los días 4 y 7 de abril de 2011 remitidas a las empresas INGENIAN SOFTWARE y LINK MARKETINK VISUAL SAS, respectivamente, ¿En qué momento y a petición de quién, decidió la Contraloría ampliar la necesidad a la totalidad de contratos celebrados por el Distrito, y no únicamente a aquellos de obra pública?

RESPUESTA DE LA CONTRALORIA (SIC) DE BOGOTA (SIC):

Por expreso mandato constitucional consagrado en los artículos 268 a 272 superiores, en el decreto 1421 de 1993 y en los Acuerdos Distritales que los reglamentan, además de la histórica y reiterada jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, la Contraloría de Bogotá es un órgano AUTÓNOMO de Control Fiscal, en razón de lo cual, no requiere solicitar autorización a autoridad alguna para tomar sus decisiones y planear sus proyectos y programas para el cumplimiento de su misión. Y desde un punto de vista práctico y conceptual resultaba más convincente y económico adquirir un aplicativo que comprendiera toda la contratación del Distrito que como órgano de control fiscal nos compete vigilar, que limitarnos una sola modalidad contractual y posteriormente tener que adquirir otros adicionales para la restante contratación.

En cuanto al momento en que se tomó la decisión en la respuesta anterior, señalamos la fecha y la motivación que impulsó la misma.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

D) Respecto del documento titulado *Estudios Previos para la celebración de contratos de la Contraloría de Bogotá, fechado el 21 de junio de 2011, y referente al APLICATIVO OBSERVATORIO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*, solicita el

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

despacho explicar "la razón por la cual se refiere especialmente a la contratación de Obra pública".

RESPUESTA DE LA CONTRALORIA (SIC) DE BOGOTA (SIC):

*Sea lo primero aclarar que el término especialmente no significa exclusivamente, y que como bien se denomina el observatorio está referido a la **contratación pública en general** y NO a la contratación de obra pública a que se refiere su pregunta.*

Por lo demás, sobre este aspecto remitimos a lo ya expuesto en la respuesta A) y en la diligencia de exposición que rendí bajo la gravedad de juramento ante los funcionarios de su despacho el día de la visita de inspección que estos practicaron en varias dependencias de la Contraloría de Bogotá, a saber: Dirección para el Control social y Desarrollo Local, a la Directora Administrativa y Financiera y a la suscrita Directora Técnica de Informática, directivos y funcionarios a quienes interrogaron, previa juramentación, los investigadores comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

*E) Sobre el mismo documento titulado Estudios Previos para la celebración de contratos de la Contraloría Bogotá, fechado el 21 de junio de 2011, y referente al **APLICATIVO OBSERVATORIO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**, su despacho se refiere a la página 15, referida ésta a la contratación de **obra pública** y transcribe el siguiente aparte de la misma: "el portal estará dividido en todas las direcciones en las cuales la Contraloría de Bogotá hace control fiscal, en cada una se podrá visualizar las obras públicas asignadas, publicando avances de cada tramo, obra o proyecto y ejecución presupuestal de los mismo (sic) que se estén interviniendo que se esté interviniendo (sic)". Explique la razón por la cual se refiere exclusivamente al contrato de obras públicas dejando de lado el resto de tipos contractuales previstos en la ley." Y se nos pide explicar la razón por la cual se refiere exclusivamente al contrato de obras públicas dejando de lado (sic) de tipos contractuales previstos en la ley (sic).*

RESPUESTA DE LA CONTRALORIA (SIC) DE BOGOTA (SIC):

Como bien conocen nuestro órganos de control fiscal, los contratos más cuantiosos que realiza el Distrito Capital por los problemas de movilidad y transporte y el exceso del parque automotor, el desplazamiento forzado de las poblaciones campesinas como consecuencia de la existencia de grupos violentos de diferentes líneas que operan a los largo y ancho del país, la escasa industria y empresas que brinden trabajo a en las regiones fronterizas y en poblaciones alejadas de las grandes capitales, Bogotá recibe el mayor número de migrantes en busca de una oportunidad de trabajo, lo cual implica la permanente necesidad de realizar obras de construcción, para extender redes de telecomunicaciones, acueducto, energía a los lugares de asentamiento de estas poblaciones migrantes.

En razón de lo anterior, el presupuesto de Bogotá en una parte considerable se adjudica a la contratación de obras públicas, por lo cual, se le dio todo un ítem más extenso a lo concerniente a la contratación de obra pública involucrado a todas las direcciones sectoriales de la Contraloría y a impulsar la intervención del ciudadano común en las veedurías de tales contratos.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Lo que no puede hacerse es descontextualizar un (1) ítem de las especificaciones técnicas del resto de las actividades que se derivan de la contratación pública en general en otras modalidades. Ilustramos: a página 9, en la descripción del objeto contractual se dejó claro que la implementación e implantación del aplicativo estaba referida a toda la **contratación pública** a la cual también se vinculó para efectos de su colaboración a lo que "los ciudadanos puedan proponer, comentar, votar y controlar en las diferentes etapas de la **contratación del distrito capital, lo cual servirá de insumo del ejercicio del control fiscal articulado con el control social en tiempo real**, tal y como se describe en las especificaciones técnicas". Página 9/20.

Bajo el ordinal I. ETAPA PRECONTRACTUAL, se hace referencia cualquier modalidad de contrato y al efecto se dice: "De la etapa precontractual se debe generar la información relevante a publicar por cada sectorial, sujeto de control y proceso precontractual. En esta etapa se suben a la nube pliegos definitivos y estudios previos". Es decir, no se circunscribe al contrato de obra pública y se involucra como en el ítem escogido por esa Superintendencia para la solicitud de explicaciones como si fuera el único, a la totalidad de las Direcciones Sectoriales, lo que se expresa "se debe generar la información relevante a publicar por **CADA SECTORIAL**".

En el ítem II. ETAPA CONTRACTUAL se incluyen de nuevo la totalidad de las direcciones sectoriales que tiene la Contraloría de Bogotá al control de esta etapa, por lo que se deja dicho "definir en las nueve **sectoriales** los indicadores relevantes que se deben solicitar a los sujetos de control de la contratación (Sivicof) y adicionalmente los **CONTRATOS** (no al contrato de obra pública, al que su indagación quiere reducirlos) se deben reportar a Sivicof una vez se hayan cumplido con los requisitos mínimos de ley (Tiempo Real)". Al respecto aclaramos que el aplicativo Sivicof recibe la información que el GOOSE publica.

Adicionalmente se dice si el **contrato es de tracto sucesivo** debe diligenciar el cronograma físico y financiero inicial. Y contratos sucesivos son todos los de arrendamiento público, suministros por etapas, los de soporte, mantenimiento y **actualización** de equipos y licencias y aplicativos tecnológicos, etc, que el aplicativo GOOSE comprende, por lo que no es viable como se observa en su interrogatorio que se descontextualicen del estudio previo de necesidades, los demás contratos a los que el mismo se refiere, para elegir el de obra pública como único ejemplo y referencia de lo que hace el aplicativo, para adelantar una investigación porque se estaría atentando contra la objetividad que requiere cualquier investigación.

Adicionalmente, bajo el ordinal III. EJECUCION, se vuelve a mencionar que el aplicativo se refiere a toda la **contratación** en los siguientes términos: "definir con las nueve sectoriales las variables relevantes sobre la ejecución de LOS CONTRATOS" (no dice contratos de obra pública). Adicionalmente, se agrega que "se actualiza el manejo de **ANTICIPO**, legalización y amortización.", aspecto trascendental para el ejercicio de control y vigilancia de la Contraloría,

Como si lo anterior fuera poco, bajo el ítem VI. Se consagra el ítem PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCION COACTIVA, el cual se alimenta de cualquier tipo de hallazgos que comprometan el patrimonio público tal y como se

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

señala, especialmente, en los artículos 1, 2, 3 y 6 de la ley 610 de 2000, y que incluye cualquier menoscabo a los dineros públicos que pueda derivarse de cualquier contrato de obra, servicio, suministro, financiamiento, depósito, inversión, arrendamiento, contrato laboral, sin exclusión de ninguna modalidad de contratación pública, como se infiere de la simple lectura de la ley en cita, la 80 de 1993, la 1150 de 2007, la 1474 de 2011, y los decretos que las desarrollan y en forma puntual la jurisprudencia que respecto del control fiscal han emitido tanto el Consejo de Estado en su Salas Jurisdiccional y de Consulta y la Corte Constitucional.

[REDACTED] la firma LINK MARKETING VISUAL S.A.S., creó el aplicativo para la totalidad de la contratación pública que no es el caso de la primera de las nombradas y que además la seleccionada es la titular de los derechos de autor, patrimoniales y de producción del aplicativo GOOSE, más completo, de mayor comprensión y de fácil manejo, lo cual, permitía proceder a la contratación directa de conformidad con lo establecido en el artículo 2 numeral 4 de la ley 1150 del 2007, concordante con el numeral 2 del artículo 81 del Decreto 2474 del 2008, en virtud del cual "... Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor (caso de LINK), o de la entrada en vigencia de la ley 1474 de julio de 2011. Pese a lo cual se oyeron y se solicitaron varios oferentes diferentes soluciones entre ellos la propuesta de la denunciante o quejosa.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

✓

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

9.2. Testimoniales

- Mediante escrito de radicado No. 11-130038-2¹⁵ del 29 de noviembre de 2011 esta Delegatura citó al denunciante el 6 de diciembre de 2011 a las 9:00 a.m. en las instalaciones de la SIC, con el fin de ampliar los hechos objeto de su denuncia.

¹⁴ Folios 293 (reverso) a folio 298 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹⁵ Folio 25 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.



Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Llegados el día y la hora, el citado compareció a la audiencia de ampliación de denuncia según consta en la respectiva Acta de comparecencia¹⁶.

9.3. Visitas Administrativas

- A través de credencial de radicado No. 11-130038-3¹⁷ del 20 de febrero de 2012 se ordenó visita administrativa a la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, practicada el 21 de febrero de 2012, tal y como consta en el acta¹⁸ suscrita con ocasión de la diligencia.

En dicha diligencia se solicitaron los siguientes documentos¹⁹:

- Documentos precontractuales del proceso **CB-CD-14-2011** realizado por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**.
- Copia del Contrato No. 28 referente al proceso contractual antes citado.
- Documentos expedidos en ejecución del contrato No.28 de la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**.

A su vez, en la misma diligencia se practicaron los siguientes testimonios²⁰ a funcionarios de la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**:

- **ESTHER LUZ VARGAS CÁRDENAS**, en su calidad de Directora Administrativa y Financiera.
- **ADRIANA LUCÍA RODRÍGUEZ BOTERO**, en su calidad de profesional especializada 22204 de la Dirección de Control Social y Desarrollo Local.
- **YOLIMA CORREDOR ROMERO**, en su calidad de directora técnica de informática.

Así mismo, en el transcurso de la diligencia se realizó la inspección de los servidores y computadores de la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, obteniéndose copia de la información obrante en el equipo de cómputo del ex Contralor Distrital **LUIS HERNÁN MARTÍNEZ**²¹.

¹⁶ Folios 26 a 27 Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁷ Folios 28 y 29 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁸ Folio 30 a 33 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁹ Folio 30 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁰ Folio 44 del Cuaderno Reservada No. 3 del Expediente.

²¹ Folios 34 a 43 del Cuaderno Reservada No. 3 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

- Que mediante escrito radicado con el No. 11-130038-8-0²² del 16 de marzo de 2012, esta Delegatura solicitó a **LINA MARÍA BUENO MOSQUERA**, en su calidad de Directora de apoyo al despacho de la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, que programara una cita para realizar visita de inspección a dicha Entidad, con el fin de obtener información del computador de **DIEGO ARDILA MEDINA**, Contralor Distrital de la época.

La visita se practicó el 18 de abril de 2012, en su transcurso se inspeccionó el equipo del Contralor de Bogotá de la época, **DIEGO ARDILA MEDINA**, y se extrajeron documentos en medio magnético relacionados con la contratación de la Entidad.²³

- Que a través de credencial de radicado No. 11-130038-9 del 20 de marzo de 2012 se ordenó visita administrativa en **LINK MV** practicada el 20 de marzo de 2012²⁴.

En la diligencia se requirió la siguiente información, la cual fue allegada mediante oficio radicado con el No. 11-130038-11²⁵:

- Carpeta con copia de las actas de junta de socios de la sociedad **LINK MARKETING VISUAL** desde el 1 de enero de 2009 a la fecha.
- Copia de los documentos en poder de **LINK MARKETING VISUAL S.A.S** respecto al proyecto **YO SOY BOGOTA** cuya plataforma se desarrolla bajo la herramienta **GOSSE**, el cual se encuentra en ejecución con la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**.
- Relación de la totalidad de contratos estatales de **LINK MARKETING VISUAL S.A.S** con Nit 900037743-9 que se encuentran liquidados o en ejecución.
- Copia del manual de la herramienta **GOOSSE**.

DÉCIMO: Que mediante memorando radicado con No. 11-130038-24²⁶ del 19 de julio de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó a la Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Colusiones apoyar una averiguación preliminar para determinar si existieron prácticas restrictivas a la competencia, en particular la estipulada en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco del proceso contractual **CB-CD-014-2011** adelantado por la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ**.

²² Folio 287 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

²³ Folios 778 al 779 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²⁴ Folios 772 a 774 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

²⁵ Folios 299 a 760 de los Cuadernos Públicos 3 y 4 del Expediente.

²⁶ Folio 814 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

DÉCIMO PRIMERO: Que mediante memorando radicado con No. 11-130038-25²⁷ del 19 de julio de 2012, la Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Colusiones solicitó apoyo de la Oficina de Tecnología e Informática de la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de dar claridad a los temas tratados en la denuncia, cuyo lenguaje requiere un conocimiento especializado de los temas de informática. En respuesta a la solicitud, la Oficina de Tecnología e Informática, a través de memorando radicado con No. 11-130038-26²⁸ del 3 de septiembre de 2012, asignó a una ingeniera para apoyar la averiguación preliminar.

DÉCIMO SEGUNDO: Que encontrándose la presente actuación administrativa en averiguación preliminar y de conformidad con las facultades conferidas a esta Entidad, se practicaron y allegaron al Expediente las siguientes evidencias:

12.1. Documentos

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

²⁷ Folio 816 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁸ Folio 817 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁹ Folio 818 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

³⁰ Folios 819 a 821 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

³¹ Folios 822 y 823 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

³² Folios 824 al 828 del Cuaderno reservado no. 1 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Versión Pública

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- Mediante escrito de radicado No. 11-130038-31³³ del 31 de mayo de 2013, esta Delegatura solicitó a la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** que remitiera la siguiente información:
 - Estado actual del Contrato No. 28 de 2011.
 - Copia de los informes de interventoría del Contrato 28 de 2011.
 - Copia de las actas de liquidación emitidas respecto del Contrato No. 28 de 2011.

Dicha información fue allegada a esta Delegatura bajo radicado 11-130038-32³⁴ del 13 de junio de 2013.

- A través de memorando radicado con el No. 11-130038-33³⁵ del 17 de junio de 2013, la Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Colusiones solicitó a la Oficina de Tecnología e Informática de la Superintendencia de Industria y Comercio, el concepto emitido por ellos con respecto a la averiguación preliminar en curso, derivado del acompañamiento técnico referido en el numeral décimo primero del presente acto administrativo.

La solicitud fue respondida por parte del Jefe de la Oficina de Tecnología e Informática, mediante memorando radicado con número 11-130038-34³⁶ del 2 de agosto de 2013 informando que tras reunirse con funcionarios del Grupo

³³ Folio 829 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³⁴ Folios 830 a 985 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³⁵ Folio 986 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³⁶ Folio 987 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Interdisciplinario de Colusiones se determinó que lo más pertinente era requerir un concepto de un perito informático dado que su oficina no contaba con la competencia para emitirlo.

Esta Delegatura prescindió del anotado peritaje por el enfoque netamente jurídico dado al presente trámite administrativo y que se expone en la parte motiva de esta Resolución.

DÉCIMO TERCERO: Que con base en los presupuestos fácticos descritos, procede esta Delegatura a evaluar el mérito de archivar la actuación administrativa de radicado No. 11-130038 o a abrir una investigación formal por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia con ocasión de la suscripción del contrato 028 de 2011 entre la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** y **LINK MV S.A.S.** a través de la modalidad de contratación directa.

En desarrollo de lo anterior, se abordarán principalmente cuatro cuestiones: en primer lugar, la delimitación y circunscripción precisa del tema presuntamente configurativo de restricción ilícita de la competencia; en segunda medida, se efectuará un análisis referente a la competencia en el marco de la contratación directa como modalidad de selección; en tercera instancia, se hará un análisis sobre la suficiencia de los elementos de juicio y probatorios obrantes en el expediente a fin de valorar si los mismos permiten antever una infracción a las normas vigentes en materia de protección a la libre competencia, y finalmente, se indicarán los dispositivos o mecanismos legales previstos para la impugnación de los contratos suscritos directamente.

13.1. Delimitación conceptual de la problemática

El denunciante considera que se limitó indebidamente la competencia por cuanto la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** en calidad de Entidad contratante omitió adelantar un proceso de selección abierto y objetivo que permitiera la participación de un número plural de oferentes con capacidad e idoneidad para proveer un aplicativo técnico que permitiera evaluar en tiempo real la contratación del Distrito de Bogotá y a su vez facilitara las funciones de vigilancia que legalmente han sido atribuidas a los órganos de control como la **CONTRALORÍA DISTRITAL** y la **AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**.

Se habría presentado aparentemente una elusión o evasión del procedimiento contractual legalmente procedente, que en el caso que se examina era la licitación pública o la selección abreviada, a través de la invocación de una causal de contratación directa inconexa con la realidad del mercado relevante y de contera lesiva de la competencia como valor constitucional y como principio de la contratación administrativa.

En efecto, la evolución normativa regulatoria del régimen general de la contratación estatal ha tendido cada vez más hacia la incorporación de los postulados generales de la libre competencia, no sólo por las eficiencias económicas asociadas que se traducen en una mejor gestión de los recursos públicos, sino porque garantizan el cumplimiento efectivo de

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

principios inherentes a la dogmática constitucional, como el de igualdad y el de participación democrática en procedimientos públicos.

La línea ideológica expuesta se reproduce en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 en virtud del cual se establece:

ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. *La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.*

(...)

La modalidad de selección que por esencia recoge plena e íntegramente los principios que inspiran la función administrativa es la licitación pública, en tanto que cuenta con plazos más extendidos que permiten un enlazado amplio de actuaciones tanto públicas como privadas desplegadas en el *íter* de formación del contrato estatal, para que finalmente la entidad contratante escoja objetivamente la propuesta contentiva de las condiciones más favorables para la Administración.

Lo anterior no significa que las restantes modalidades de selección no estén acordes con los principios generales de la función administrativa y los particulares de la contratación estatal, pues éstos, como verdaderas reglas que son, se extienden de forma inmediata a la amplia órbita de la contratación pública. Pero la licitación, por su confección y diseño, aparece ciertamente más garantista de los postulados rectores de la actividad precontractual del Estado y el escenario de competencia que se genera entre los varios proponentes de un proceso licitatorio es potencialmente más dinámico que el que se puede presentar en otras figuras procedimentales previas a la suscripción del contrato.

Así las cosas, resulta pertinente subrayar que acudir a otras modalidades de contratación diversas de la licitación pública, es una actividad reglada por oposición a las facultades discrecionales de la Administración. Por lo tanto, sólo es posible que una entidad contratante adelante una selección abreviada, un concurso de méritos, una contratación directa o un proceso de contratación de mínima cuantía³⁷ en los casos excepcionales y taxativamente previstos en las leyes vigentes al momento de adelantar la contratación, con la correlativa carga administrativa de motivar el acto mediante la cual se decide el apartamiento de la licitación e indicando con precisión cuál es la causal legal que se invoca para acudir a otro medio contractual.

³⁷ La modalidad de selección denominada mínima cuantía fue introducida por la Ley 1474 de 2011 contentiva del Estatuto Anticorrupción.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

En tal sentido, el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008³⁸, vigente en la época de suscripción del contrato 28 de 2011 entre la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** y **LINK MV S.A.S.**, exigía la fundamentación jurídica en que se soportaba la modalidad de selección que se pretendía desarrollar, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3. ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

(...)

3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.

(...)”

Porque se reitera, la posibilidad de contratar mediante mecanismos distintos de la licitación pública únicamente es procedente por expresa autorización legal a riesgo de considerarse que los actos administrativos expedidos por la entidad contratante surgen a partir de una desviación o abuso de poder. Al respecto, señala el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 lo que sigue:

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

(...)

8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

(...)”

Además de los estudios y documentos previos el legislador exigió como requisito adicional, en relación con la contratación directa, la expedición de un acto administrativo de justificación de conformidad con los lineamientos consagrados en el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008:

“ARTÍCULO. 77. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá:

³⁸ Derogado por el Decreto 734 de 2012.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

1. El señalamiento de la causal que se invoca.
2. La determinación del objeto a contratar.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.
4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

(...)"

Aparece con claridad que el acto administrativo de justificación es la base en que se asienta el contrato suscrito a través del mecanismo de la contratación directa. Por lo tanto, el juicio de legalidad del acto administrativo de justificación tendría la virtualidad de comprometer la validez del contrato mismo por ser éste consecuencia inmediata del primero.

Esta Delegatura observa que el debate sustancial que surge con ocasión de la denuncia interpuesta, gira en torno a determinar si la Resolución No. 1229 del 24 de junio de 2011 de la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** contentiva de los motivos que justificaron la modalidad de contratación directa con el objeto de implementar la herramienta digital para el observatorio de la contratación distrital, es lícita de conformidad con las reglas aplicables a la contratación pública y si se adecúa a la normativa en materia de protección de la competencia.

Si a juicio del denunciante, el contrato suscrito entre la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** y **LINK MV S.A.S.** no debía provenir de una contratación directa sino de una convocatoria pública permisiva de la competencia, bien fuera la licitación pública o la selección abreviada dependiendo de la cuantía, es porque se considera que el acto administrativo que justificó la modalidad de contratación escogida por la entidad, presenta algún vicio en su formación que compromete su validez.

A continuación, se sincretizan en dos puntos los criterios argumentativos medulares expuestos por el denunciante en desarrollo sus pretensiones:

- La **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, en sus estudios y documentos previos, no tuvo en cuenta que existían en el mercado otros proveedores del aplicativo necesario para realizar observación y control a la contratación distrital, entre ellos **INTERKONT E.U.**, desarrollador de la herramienta COBRA, pese a que la existencia de esta herramienta era evidente no solo por los múltiples premios que ha ganado a nivel nacional e internacional, sino porque está expresamente mencionada en la carta que remite **JAIME RAÚL ARDILA BARRERA**, Auditor General de la República, a **CLARA LÓPEZ OBREGÓN**, Alcaldesa encargada del Distrito de Bogotá, poniendo de presente la importancia de implementar un aplicativo de seguimiento a la contratación.
- La indagación precontractual desarrollada por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, se centró en establecer si existían otros proveedores de la herramienta GOOSSE 2.0.,

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

cuando la investigación debió focalizarse en determinar la presencia de otros proveedores de aplicativos o software que satisficieran los requisitos técnicos exigidos por la entidad contratante con prescindencia de su denominación. En el mismo sentido, indica el denunciante que la fecha de publicación de los estudios y documentos previos, esto es el 21 de junio de 2011, coincide con la fecha de Registro de Derechos de Autor que sobre la obra GOOSE 2.0. ostenta **LINK MV S.A.**, hecho que adquiere importancia si se tiene en cuenta que la causal de contratación directa invocada por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** es la ausencia de pluralidad de oferentes en el mercado, lo cual se verifica de conformidad con el numeral 2 del artículo 81 del Decreto 2474 de 2008, cuando *"solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo."*

Aparece con claridad que los argumentos esgrimidos por el denunciante controvierten la legalidad misma del acto administrativo de justificación de la contratación directa y consecuentemente la validez del contrato fundado en dicho acto administrativo, tal y como a continuación se explica:

- La primera de las réplicas se encausaría en lo que la doctrina del acto administrativo ha denominado falsa motivación, toda vez que la Resolución de justificación de la contratación directa expondría motivos irreales, aparentes o inexistentes que no se compadecen con la coyuntura fáctica del mercado.
- En tanto que el segundo grupo de argumentos se dirigen a descubrir una posible desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, habida cuenta que la Resolución de justificación de la contratación directa habría sido expedida con finalidades distintas a las previstas legalmente.

Una vez circunscrito y delimitado el debate jurídico, esta Delegatura evaluará si el mismo resulta ser de su resorte funcional por revestir las conductas descritas las características comunes de las prácticas restrictivas de la competencia, o si por el contrario, la problemática planteada escapa de la órbita competencial atribuida legalmente a la **SIC**.

13.2. Presunción de legalidad de los actos administrativos y motivación de la contratación directa

En la etapa de planeación del proceso de contratación directa CB-CD-14-2011 desarrollado por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** es posible identificar una serie de actuaciones precontractuales que aunadas todas constituyen los fundamentos materiales justificativos de la contratación directa. A continuación se relacionan brevemente las actuaciones más significativas acaecidas con antelación a la suscripción del contrato:

- Carta del 20 de junio de 2011 remitida por **JAIME RAÚL ARDILA BARRERA**, Auditor General de la República, a **MARIO SOLANO CALDERÓN**, en la que se indica la necesidad de implementa un aplicativo que permita hacer un seguimiento en tiempo real a la contratación de la ciudad y que cuente con dos funcionalidades:

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

- Conocer los principales proyectos de infraestructura que se adelantan en la ciudad y realizar seguimiento a las diferentes fases de los procedimientos contractuales.
- Que la Entidad de control pueda realizar seguimiento a la ejecución debida del contrato.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- Solicitud de cotización remitida por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** a la sociedad **LINK MV S.A.S.** del 7 de abril de 2011 respecto de la consultoría, desarrollo e implantación del proyecto observatorio de la contratación.
- Estudios y documentos previos del 21 de junio de 2011 en los que se especifica que el objeto de la contratación es la obtención de la licencia de uso de la herramienta digital web 2.0 denominada GOOSE.
- Resolución No.1229 del 24 de junio de 2011 de la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** justificando la contratación directa con **LINK MV S.A.S** por ser el único proveedor de la herramienta digital GOOSE 2.0.

La fase preparatoria del contrato estuvo compuesta por una serie de actuaciones administrativas que asiduamente fueron delimitando y concretizando la necesidad de la

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

contratación e identificando las características técnicas que debía reunir la herramienta digital.

Inicialmente, el proyecto de observatorio de la contratación estaba dirigido exclusivamente a la supervisión y monitoreo de los procesos contractuales de obra pública y posteriormente, y así quedó consignado en los estudios y documentos previos, se exigió una herramienta de control que se extendiera a la totalidad de la contratación del Distrito aun cuando ciertamente focalizada en los contratos de obra pública por ser éstos de un volumen e impacto significativos en los proyectos locales.

Los análisis desplegados por la entidad contratante partieron de una pluralidad de cotizaciones y tuvieron en cuenta las herramientas digitales que se emplean en otras localidades para el monitoreo de la contratación, para finalmente considerar que la única herramienta que se adaptaba a las exigencias propias de la contratación en el Distrito era la denominada GOOSE 2.0.

Esta Delegatura, a través de requerimiento de radicado No. 11-130038-7³⁹ del 14 de marzo de 2012, dirigió a la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** un cuestionario relacionado con las fases previas a la suscripción del contrato 028 de 2011.

[REDACTED]

[REDACTED]

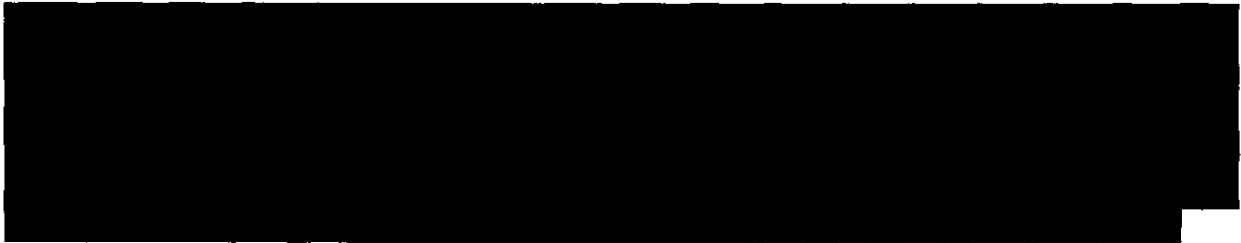
[REDACTED]

³⁹ Folios 284 a 296 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁰ Folios 289 a 298 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

X

Por la cual se archiva una averiguación preliminar



De las explicaciones aducidas por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, se desprende que fue la especificidad del objeto contractual la que generó que se prescindieran de otras herramientas digitales distintas de GOOSE 2.0., con funcionalidades afines a las pretendidas por la entidad, pero exiguas respecto del alcance concreto requerido.

La controversia técnica sobre [REDACTED] cualquiera otra existente en el mercado satisfacía la necesidad exigida por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** no está llamada a ser resuelta por esta Entidad, en la medida en que significa la emisión de un juicio valorativo sobre la legalidad de una decisión administrativa.

En el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como en el anterior Código Contencioso Administrativo, vigente para la época de los hechos, los actos administrativos se presumen legales y obligatorios hasta tanto no se anulen o suspendan por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El derogado artículo 66 del Código Contencioso Administrativo señalaba:

***"ARTÍCULO 66. PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo (...)"*

Es la acción de nulidad, sea simple o con restablecimiento del derecho, la legalmente prevista para infirmar la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos porque de no ejercerse se considera que los mismos se expidieron de conformidad con las leyes en que se asientan.

Hechas las anteriores consideraciones, procede esta Delegatura a analizar las circunstancias fácticas y jurídicas que obran en el expediente de radicado No. 11-130038, bajo la óptica de las normas sobre protección de la competencia.

13.2.1. Análisis sobre la presunta infracción a los artículos 1 de la Ley 155 de 1959 y numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

El concepto de vulneración propuesto por el denunciante estriba en considerar que a partir de la suscripción del contrato No. 28 de 2011 entre la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** y **LINK**

⁴¹ Folios 294 (reverso) a 295 del Cuaderno público No. 2 del Expediente.

A handwritten signature or mark in the bottom right corner of the page.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

MV se infringió la cláusula general de competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que señala:

“ARTICULO 1º. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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.

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”

La interpretación sistemática del artículo transcrito exige que el mismo se armonice e integre con el conjunto normativo que compone la totalidad del ordenamiento jurídico y con los principios generales del Derecho para que su aplicación no resulte desmedida o fuera de su contexto real.

Tal aserción permite inferir que el sistema tendiente a limitar la libre competencia no puede estar avalado por ninguna categoría normativa o incluso desprenderse de una norma jurídica independientemente de su jerarquía. La forma en que se ejecute la restricción de la competencia tiene que ser prohibida, ilegal, esto es, la conducta no puede cobijarse en la premisa de una norma vigente, pues si esto último ocurre es evidente que no puede derivar sanción administrativa.

De suerte que el cargo incoado por el denunciante no está llamado a prosperar, pues la conducta que se considera violatoria de la cláusula general de competencia es la expedición de un acto administrativo legal, que no fue impugnado mediante las acciones correspondientes y cuya ilicitud no corresponde determinar a esta Entidad.

En similar sentido ocurre con la presunta infracción a lo consagrado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que señala:

“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.

(...)”

La colusión en los procedimientos contractuales del Estado como cualquier otra modalidad de acuerdo restrictivo de la competencia, requiere la concurrencia de voluntades, bien sea

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

expresa o tácita, encaminada a la restricción de la competencia en un mercado determinado, que en el caso particular de la colusión se circunscribe al procedimiento específico de contratación.

Pero en el caso *sub exámine*, lo que realmente se enjuicia, en los términos ya expuestos, es el acto administrativo de justificación de la modalidad de selección escogida por la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ**, y tal acto es una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos y que en principio no derivó de ningún acuerdo sino de un análisis de mercado que como resultado arrojó la ausencia de más de un proveedor del servicio requerido.

Esta Delegatura observa que los estudios de conveniencia y oportunidad en que se fundamentó la contratación directa obedecieron a razonamientos de elevada complejidad técnica que no por estar sujetos a análisis periciales disímiles carecen de motivación.

No puede olvidarse que el asunto bajo análisis gira en torno a una cuestión técnica difícil que no arroja una solución unívoca, lo cual implica que no por el hecho de que la decisión adoptada por administración admita otras alternativas, es inválida o ilícita, y en caso de que así se considere, la controversia tiene que plantearse en sede jurisdiccional.

Finalmente, es posible concluir que del acervo probatorio obrante en el expediente y recaudado por esta entidad no emergen señales o indicios de comisión de prácticas restrictivas de la competencia, sino un mero debate de legalidad de un acto administrativo que escapa de la órbita funcional de la **SIC**.

DÉCIMO QUINTO: Que esta Delegatura concluye en relación con cada una de las pretensiones de la denuncia lo siguiente:

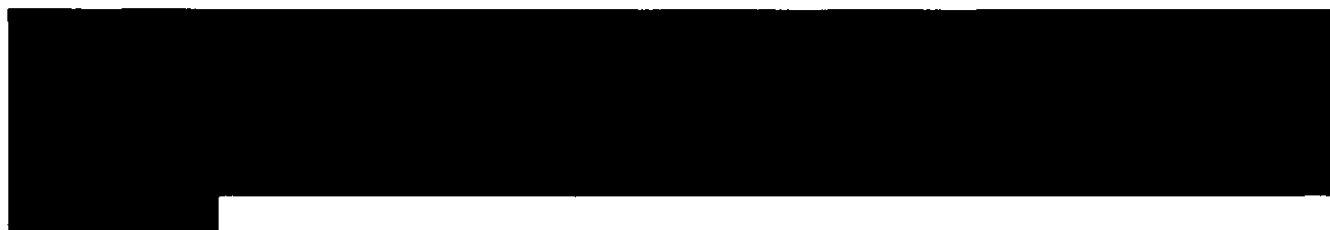
- Se accede a la solicitud de reserva de la denuncia y de la identidad del denunciante y para ello se desglosaron en carpetas reservadas los documentos referentes al denunciante y a su escrito de queja junto con sus ampliaciones y complementos.
- No procede la solicitud de abrir investigación formal en contra de **LINK MV** y de su representante legal, **FERNÁN OCAMPO GONZÁLEZ**, por cuanto de los hechos narrados y del material probatorio obrante en el expediente se desprende que el debate sustancial planteado no está llamado a ser resuelto por esta Superintendencia.
- Se niega la solicitud de declarar que la celebración del contrato entre la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ** y **LINK MV** restringe la libre competencia en el mercado, porque tal declaración supondría de forma inmediata e indefectible la realización de un juicio de legalidad de un acto administrativo que se presume legal, y tal competencia desborda las funciones atribuidas a esta Entidad.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

En mérito de lo anterior, esta Delegatura

RESUELVE:

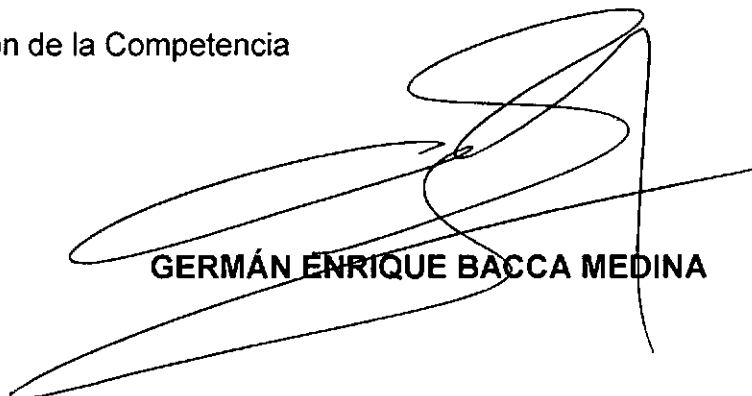
ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente administrativo No. 11-130038, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **13 DIC 2013**

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia



GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA

Elaboró: Sergio cote
Revisó: Marielena Rozo Covaleda.
Aprobó: Germán Bacca.

