



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADA PONENTE: ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y restablecimiento del derecho
EXPEDIENTE:	76001-23-33-000-2020-01170-00
DEMANDANTE:	Proyectar Ingeniería SAS y otros nataliaarcilacortes@gmail.com recepcion@proyinsa.com gerenca@desarrollamosingenieria.com libiroul@hotmail.com
DEMANDADO:	Superintendencia de Industria y Comercio notificacionesjud@sic.gov.co c.maponte@sic.gov.co
PROVIDENCIA:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 115
TEMAS:	Multa impuesta por la SIC por violación del régimen de la libre competencia

Aprobado en Sala virtual y Acta de la fecha. Convocatoria virtual No. 023 del 28 de junio de 2022.

I. ASUNTO

La Sala profiere **sentencia anticipada** de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la sociedad Proyectar Ingeniería SAS y otros en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 6 de noviembre de 2019 la parte actora presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la SIC¹.

1.1. Pretensiones

Se solicitó:

*“Se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en las **Resoluciones Nos. 2076 de enero 31 de 2019** y **13112 de mayo 10 de 2019** (...) mediante las cuales se declara que Proyectar Ingeniería SAS (...) y Desarrollamos Ingeniería SAS (...) violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el*

¹ Folio 648 cuaderno 1

artículo 1 de la Ley 155 de 1959; y a la vez se impusieron multas a Proyectar Ingeniería SAS en cuantía de \$757,726,140, a Desarrollamos Ingeniería SAS en cuantía de \$202,888,420; igualmente se declaró que Henry Losada Vélez (...) en su calidad de representante legal de Proyectar Ingeniería SAS, Diego Luis Ocampo Giraldo (...) en su calidad de representante legal de Desarrollamos Ingeniería SAS y Rubén Darío Solarte Buitrago (...) en su calidad de director de licitaciones de Proyectar Ingeniería SAS 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; a la vez impusieron multas a Henry Losada Vélez (...) en cuantía de \$74,530,440, Diego Luis Ocampo Giraldo (...) en cuantía de \$24,843,480 y Rubén Darío Solarte Buitrago (...) en cuantía de \$12,421,740. Igualmente se ordenó a las personas naturales y jurídicas sancionadas (...) que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la decisión, realizarán la publicación del siguiente texto: ‘(...)’ (Se destaca en negrilla).

Como consecuencia de la nulidad se solicitó el restablecimiento de derechos.

1.2. Hechos

Las empresas Proyectar Ingeniería SAS y Desarrollamos Ingeniería SAS participaron, de manera independiente, en la licitación pública No. **MC-LP-031-2013**, adelantada por el ministerio de Cultura, para “*contratar (...) la reparación o rehabilitación y reforzamiento estructural de infraestructura de carácter cultural afectadas por el fenómeno de la niña 2010-2011*”.

La Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a tales empresas porque habrían realizado “*acuerdos anticompetitivos en la modalidad de **colusión** en procesos de selección contractual, a través de la estructuración estratégica de ofertas de proponentes singulares que buscaron falsear la libre competencia en el proceso **MC-LP-031-2013***”.

La colusión de ambas empresas habría ocasionado el incremento artificial del chance de ser adjudicatarias, afectando el derecho a la libre competencia de los demás oferentes.

La adjudicataria fue la empresa Proyectar Ingeniería SAS.

La sanción impuesta y la decisión que la confirmó corresponden a los actos administrativos demandados.

1.3. Cargos de nulidad

-Prescripción de la potestad sancionadora y desviación de poder

El artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 señala que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio caduca a los “*cinco años de*

haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo”.

Como la conducta que se sancionó fue la supuesta colusión, ésta se concretó con la presentación de las propuestas para licitar el 20 de diciembre de 2013, así que los cinco años de caducidad se completaron el 20 de diciembre de 2018. Sin embargo, el acto administrativo que impuso la sanción se notificó el 13 de febrero de 2019.

Además, la sanción impuesta fue desproporcionada porque fue casi igual “*al monto total del contrato adjudicado*”, afectando en gran porcentaje la facturación de un año. Esto se traduce en la pérdida de empleos y disminución de la capacidad económica de los sancionados.

-Falsa motivación

Los elementos de prueba que tuvo en cuenta la SIC para concluir sobre la conducta anticompetitiva no demostraba la colusión. El hecho de que las empresas tuvieran relaciones comerciales con anterioridad a la licitación, que compartieran “*funcionarios con funciones trascendentales en la estructuración de las propuestas*” y que compartieran infraestructura/recursos humanos/ no constituía colusión. Las relaciones comerciales de empresas del mismo sector económico son normales y no puede ser calificado como de anticompetitivo. Aunque ambas compartían funcionarios e infraestructura, lo hacían en los contratos en que participaban como consorcio, cosa que no ocurrió en la licitación **MC-LP-031-2013**.

Las características de la licitación **MC-LP-031-2013** impedía a Proyectar Ingeniería SAS y a Desarrollamos Ingeniería SAS coludirse porque para esta conducta era necesario conocer, con antelación, el número de proponentes y propuestas habilitadas y ello no era posible.

2. Contestación de la demanda

La SIC se opuso a las pretensiones. Resaltó que la sanción impuesta se fundamentó en pruebas acerca de la actividad colusoria de las empresas demandantes.

-Oposición a los cargos de prescripción de la potestad sancionadora y desviación de poder

La conducta por la cual se sancionó a las empresas demandantes fue de tracto sucesivo; los cinco años de caducidad de la facultad sancionatoria empiezan a correr desde el último acto anticompetitivo que fue la “*liquidación del contrato adjudicado*”. Entre la presentación de las ofertas para licitar y la liquidación del contrato se mantiene “*la afectación a los*

principios de la libre competencia económica y de la contratación pública, pues el presupuesto destinado para adquirir los bienes y servicios contratados (el mercado) continúa agotándose en cabeza de un ganador ilegítimo e ilegal, excluyendo de dicho mercado a otros competidores. Los efectos adversos para la Entidad Estatal se mantienen hasta que se produce la terminación definitiva del contrato, y es también con la liquidación de este que cesan los beneficios económicos obtenidos ilegalmente”²

Como el contrato adjudicado no se ha liquidado, el término de caducidad no ha empezado a correr. En todo caso, si la caducidad se contabilizara desde la adjudicación del contrato, 24 de febrero de 2014, el acto administrativo sancionatorio se notificó antes de cinco años, el 13 de febrero de 2019.

Frente a la desproporcionalidad en la sanción, señaló que las demandantes no explicaron cómo se vulneraron los criterios y topes legales para imponerla. Agregó que “*la Superintendencia tomó en cuenta la totalidad de los criterios que contempla la normatividad en lo que respecta a la dosificación de la sanción*”³.

-Oposición a la falsa motivación

Se demostró a partir de las pruebas que las empresas **conocían de las ofertas de la otra y hubo coordinación para estructurarlas** con el objeto de “*aumentar las probabilidades de resultar adjudicatarias del proceso de selección MC-LP-031-2013*”,⁴ al punto que Proyectar Ingeniería SAS resultó adjudicataria.

Es irrelevante el argumento de nulidad según el cual el acuerdo colusorio no podía tener efectos porque Proyectar Ingeniería SAS y Desarrollamos Ingeniería SAS no conocían el número de proponentes y propuestas habilitadas. El artículo que tipifica la colusión señala que la conducta es sancionable, por el hecho de existir, independientemente de que produzca los efectos deseados.

Las pruebas de la colusión son que las propuestas económicas de ambas empresas fueron estructuradas por las mismas personas, lo mismo ocurrió con los requisitos de ambas empresas para participar que fueron gestionados por las mismas personas y un empleado de Proyectar Ingeniería SAS avaló la propuesta de Desarrollamos Ingeniería SAS.

² Índice SAMAI 48 archivo contestación de la demanda.

³ Índice SAMAI 48 archivo contestación de la demanda.

⁴ Índice SAMAI 48 archivo contestación de la demanda.



3. Trámite

La demanda se admitió mediante auto del 24 de febrero de 2021⁵ y por auto del 26 de agosto de 2021 se decidió dictar sentencia anticipada. Las partes alegaron de conclusión y reiteraron lo expuesto en la demanda y su contestación.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle es competente para tramitar este proceso en primera instancia, toda vez que la pretensión de mayor contenido económico se estimó en 757,726,140⁶, cifra que excede el equivalente a 300 S.M.L.M.V. (\$248,434,800)⁷; cuantía exigida por el artículo 152, numeral 3, de la Ley 1437 de 2011 para que un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado en 2019 tenga vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado.

2. Caducidad

De acuerdo con el artículo 164, numeral 2, literal d de la Ley 1437 de 2011, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro meses contados a partir de la notificación del acto administrativo demandado.

La Resolución No. 13112 del 10 de mayo de 2019, que confirmó la No. 2076 de 31 de enero de 2019, se notificó a los demandantes el 27 de mayo de 2019⁸; los cuatro meses se completaban el 28 de septiembre de 2019. La solicitud de conciliación se presentó el 16 de agosto de 2019 y la constancia de no conciliación tiene fecha del 30 de septiembre de 2019.⁹ Esto quiere decir que el término de caducidad vencía el 13 de noviembre de 2019 y la demanda se presentó el 6 de noviembre de ese año, oportunamente.

3. Problema jurídico.

¿La SIC incurrió en infracción del ordenamiento superior, desviación de poder y falsa motivación en los actos administrativos que sancionaron a los demandantes por colusión en una licitación pública?

⁵ Folio 140 cuaderno 1

⁶ Folio 4. Equivale a la multa impuesta a Proyectar Ingeniería SAS.

⁷ Salario mínimo legal vigente en 2019 = \$828,116 x 300 = \$248,434,800

⁸ Folio 98 cuaderno 1

⁹ Folios 99-102 cuaderno 1

4. Tesis de la Sala

Se demostró que la facultad sancionatoria de la SIC no caducó y las pruebas recaudadas demuestran colusión para participar en la licitación No. MC-LP-031-2013, es decir, no se demostraron los cargos de nulidad, por lo tanto, los actos demandados mantienen la presunción de legalidad y se negaran las pretensiones de la demanda.

Esta tesis se desarrollará en las siguientes secciones: Análisis de los cargos de nulidad: **i)** desviación de poder; **ii)** falsa motivación.

5. Análisis de los cargos de nulidad

i) Caducidad de la potestad sancionadora y desviación de poder

Bajo este cargo se presentan dos argumentos que se analizan por separado.

-Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC:

El artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 señala:

*“CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o **del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo**, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”. (Se destaca en negrilla).*

El numeral 9.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 define la colusión como práctica anticompetitiva:

“ARTICULO 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.”

Entonces, la colusión es una conducta de tracto sucesivo compuesta por diferentes acciones de los partícipes para estructurar un acuerdo que los beneficie en detrimento de la participación igualitaria de otros intervinientes. Esto significa que los cinco años de caducidad se deben contabilizar a partir del último acto **que refleje el proceso de consolidación** de la colusión.

Dicho esto, la Sala se aparta de la tesis de las empresas demandantes de que los cinco años empezaron a correr desde la presentación de las propuestas para licitar, también de la tesis de la demandada que los términos corren desde el acto de liquidación del contrato, porque la colusión se consolida cuando se logra su cometido de afectar la libre competencia de los oferentes en beneficio de los partícipes del acuerdo.¹⁰

Así, la adjudicación de la licitación No. **MC-LP-031-2013** fue el 24 de febrero de 2014, el plazo de cinco años para notificar la sanción fenecía el 24 de febrero de 2019. La Resolución que impuso la sanción, la No. 2076 de 31 de enero de 2019, se notificó a los demandantes el 13 de febrero de 2019¹¹, oportunamente.

-Desproporcionalidad de la multa impuesta

Los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 incorporan los criterios para imponer las multas a persona jurídicas y naturales que violen el régimen de la libre competencia:

“ARTÍCULO 25. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS. <Ver modificaciones a este artículo directamente en el Decreto 2153 de 1992> El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

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.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de la Sección Primera, Subsección A, nueve (9) de julio de dos mil quince (2015), 250002341000201302040-00, demandante MELTEC COMUNICACIONES S.A:

*”En el asunto bajo estudio la conducta reprochable se inició desde el mismo momento en que se realizaron las llamadas entre los diferentes representantes de las empresas con el fin de buscar la forma de descalificar las propuestas que presentaran las Uniones Temporales Cárceles 2008 y Protección Carcelaria, esto es, desde el 4 de octubre de 2008 y se concretó con la reunión adelantada el 6 de octubre de 2008 entre Gustavo Domínguez, Diana Isabel Nassif de Rima, Mauricio Parada y Aron Ravinovich en el Hotel Bogotá Plaza y prosiguió con la presentación de las propuestas, esto es, el 20 de octubre de 2008, **teniendo como momento de concreción la expedición del acto de adjudicación, pues con el mismo se consumó la lesión de la libre competencia.***

Por lo anterior, no se puede pretender, tal como lo hace la demandada que los actos colusorios sean contabilizados a partir del acta de liquidación, en tanto, la celebración y liquidación del contrato 076 de 2009, derivado del proceso de selección antes mencionado resulta ser una consecuencia de la colusión, un efecto o secuela del pacto ilícito, pero no integra el pacto ilícito mismo”.

¹¹ Constancia de notificación folio 97

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los **siguientes criterios**:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.
7. El Patrimonio del infractor.

PARÁGRAFO. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”.

“ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES. <Ver modificaciones a este artículo directamente en el Decreto 2153 de 1992> El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

“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”.

Respecto al principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas, el Consejo de Estado ha dicho:

“la dosificación no implica que en el acto administrativo **se deba hacer un racionamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción**, sino que **ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos**, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos”.¹² (Se destaca en negrilla)

¹² Sentencia del 20 de octubre de 2005. Sección Primera. Radicación 1997-02933-01(7826).

En el caso concreto, el acto administrativo que impuso la sanción a las empresas demandantes tuvo en cuenta los siguientes criterios: impacto de la conducta sobre el mercado, dimensión del mercado afectado, beneficio obtenido, grado de participación y la conducta procesal durante la investigación.

La multa contra Proyectar Ingeniería SAS (\$757,726,140) fue equivalente al “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

La multa para Desarrollamos Ingeniería SAS (\$202,888,420) fue equivalente 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”.¹⁴

En cuanto a la multa impuesta a las personas naturales:

Nombre	Criterios para imponer la sanción	Límite porcentual de la sanción
Henry Lozada Vélez -Rep. Legal Proyectar Ingeniería SAS-	Persistencia de la conducta infractora	Multa por \$74,530,440 “equivale al 4.5% de la multa máxima potencialmente aplicable”
Diego Luis Ocampo Giraldo -Rep. Legal Desarrollamos Ingeniería SAS-	Reiteración de la conducta prohibida Impacto de la conducta en el mercado	Multa por \$24,843,480 “equivale al 1.5% de la multa máxima potencialmente aplicable”
Rubén Darío Solarte Buitrago -directo de licitaciones de Proyectar Ingeniería SAS-	Conducta procesal durante la investigación Grado de participación en la conducta	Multa por \$12,421,740 “equivale al 0.75% de la multa máxima potencialmente aplicable”

De lo expuesto la Sala concluye que la SIC ponderó los criterios legalmente exigidos para imponer la multa; además, su quantum está en porcentaje mínimo con relación al permitido. Esto significa que la SIC ponderó objetivamente la conducta sancionada lo que le permitió tasar la multa en los referidos valores que reflejan, según la jurisprudencia transcrita, “la

¹³ Folio 73

¹⁴ Folio 74

valoración de la gravedad de los hechos” sin que puede exigirse, adicionalmente, “un racionamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción”.

Así, los demandantes no lograron demostrar la desproporcionalidad de las multas impuestas.

ii) Falsa motivación

La conducta por la cual se sancionó a los demandantes fue por colusión¹⁵, conforme al numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, los acuerdos colusorios no tienen que tener **el efecto** deseado, basta la existencia de un acuerdo con esa intención para que sea sancionable.

La colusión en las licitaciones no es otra cosa que el acuerdo de dos o más oferentes que se presentan de manera independiente, pero que en realidad lo hacen de manera coordinada para incrementar, artificialmente, el chance de ser adjudicatarios en detrimento del derecho de los demás oferentes de competir en igualdad de condiciones, violando el derecho a la libre competencia económica. Los efectos negativos de la colusión en las licitaciones han sido identificados por la Corte Constitucional, así:

“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.

(...)”¹⁶

Las pruebas que obran en el expediente permitían concluir, como lo hizo la demandada -mediante prueba indiciaria- acerca de los elementos constitutivos de la colusión en la participación de ambas empresas en la licitación MC-LP-031-2013. Tales elementos son **i) el subjetivo** que hace referencia a la existencia de un acuerdo de voluntades entre empresas y **ii)**

15 “ARTICULO 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**”. (Se destaca en negrilla).

¹⁶ Sentencia C 415-1994

el **objetivo** que refiera a la finalidad colusoria del acuerdo de voluntades.¹⁷ En cuanto al elemento objetivo, el citado artículo 47 del Decreto 2153 señala que es suficiente la intención colusoria del acuerdo, aun cuando sus efectos no se materialicen.

Las pruebas que soportan esta conclusión se analizan a continuación.

Testimonio rendido por María Yamile Ojeda en desarrollo de la investigación administrativa adelantada por la SIC, directora de costos y proyectos de Proyectar Ingeniería SAS, declaró que el gerente de Desarrollamos Ingeniería SAS tenía oficina en las instalaciones de Proyectar Ingeniería SAS porque ambas empresas se habían consorciado para ejecutar otros contratos. Que en los casos de consorcio ella era la persona encargada de elaborar la propuesta económica, pero que en el caso de la licitación **MC-LP-031-2013** ella no tuvo que ver con la oferta de Desarrollamos Ingeniería SAS, pero sí estructuró la oferta de Proyectar Ingeniería SAS. También declaró que ambas empresas compartían el mensajero y a la asecadora. Admitió que en su computador se encontraban las ofertas para licitar de ambas empresas. También reconoció que el señor **Rubén Darío Solarte** era el director de licitaciones de Proyectar Ingeniería SAS, que el señor **Óscar Humberto Valdez Alzate** era empleado de la misma empresa quien ayudaba en las cotizaciones y revisión de pliegos.¹⁸

Testimonio rendido por Diego Luis Ocampo Giraldo en desarrollo de la investigación administrativa adelantada por la SIC, representante legal de Desarrollamos Ingeniería SAS, declaró que **Rubén Darío Solarte** -director de licitaciones de Proyectar Ingeniería SAS- le ayudó a cumplir requisitos para presentarse a la licitación:

*“DELEGATURA: ¿y el ingeniero **Rubén Darío Solarte** le colaboró en algo para este caso de Dagua?”*

*DIEGO LUIS OCAMPO: 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 Versailles**, de que me ayudara a expedir unos documentos que no son determinantes en la evaluación de la oferta.*

DELEGATURA: ¿qué documentos?”

DIEGO LUIS OCAMPO: el certificado de cámara de comercio, los certificados de antecedentes disciplinarios, de la Contraloría, de la Procuraduría y algún otro

¹⁷ Sobre los elementos que constitutivos de la colusión ver, por ejemplo: EL DERECHO DE LA COMPETENCIA del Consejo Superior de la Judicatura. Plan de Formación de la Rama Judicial 2019

¹⁸ Archivo “Cuaderno No. 8 – Folio 1829 – CD”

*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 elabora.*¹⁹

La carta de presentación de la oferta de Desarrollamos Ingeniería SAS fue avalada por el señor Óscar Humberto Valdez, persona que, según la declaración de María Yamile Ojeda, era empleado de Proyectar Ingeniería SAS y ayudaba a revisar y cotizar en los procesos de licitación:



NOTA.- Cuando el Interesado o el Representante Legal de la Sociedad, Consorcio o Unión Temporal Proponente no sea Ingeniero Civil, o Arquitecto con Tarjeta Profesional se debe diligenciar el abono que aparece a continuación:

De acuerdo con lo establecido en la Ley 842 de 2003 para el caso de Ingenieros y Ley 435 de 1998, para el caso de los Arquitectos y demás normas que regulan el ejercicio de las respectivas profesiones y debido a que el suscriptor de la presente, no tiene Tarjeta Profesional como Ingeniero Civil o Arquitecto, yo OSCAR HUMBERTO VALDES ALZATE, Ingeniero Civil, con Tarjeta Profesional No. 63202179337 del Consejo Profesional de Ingeniería y Arquitectura del QUINDIO y C.C. No 16.462.969 de Yumbo abono la presente propuesta.

NOMBRE: OSCAR HUMBERTO VALDES ALZATE

De los citados medios de prueba la Sala destaca los siguientes hechos indicadores de colusión para la licitación **MC-LP-031-2013**:

-Entre Proyectar Ingeniería SAS y Desarrollamos Ingeniería SAS había una estrecha relación comercial, al punto que el gerente de esta última tenía una oficina en las instalaciones de la primera, y se habían consorciado en otros contratos.

-La persona que realizó la oferta económica de Proyectar Ingeniería SAS era la misma persona que preparaba la oferta de ambas empresas cuando participaban como consorcio.

-En el computador de la persona que elaboró la propuesta económica de Proyectar Ingeniería SAS para la licitación **MC-LP-031-2013** se encontró la

¹⁹ Archivo "cuaderno No. 8 Folio 1825- CD"



propuesta económica de Desarrollamos Ingeniería SAS para la misma licitación.

-El representante legal de Desarrollamos Ingeniería SAS solicitó al director de licitaciones de Proyectar Ingeniería SAS, Rubén Darío Solarte, le consiguiera varios documentos necesarios para participar en la licitación **MC-LP-031-2013**.

-El señor Óscar Humberto Valdez, empleado de Proyectar Ingeniería SAS, avaló la oferta económica de Desarrollamos Ingeniería SAS.

Estos hechos denotan que **la finalidad** de compartir oficinas, empleados, intercambio de información era coordinar los consorcios y, además, en caso de licitar por aparte, ajustar las ofertas para aumentar el chance de resultar adjudicatarias en beneficio de su relación comercial. La contundencia de los indicios *“depende del mayor o menor grado de probabilidad que exista entre el hecho indicador y el indicado. Si, de acuerdo con las reglas de la experiencia, de la lógica o de la ciencia, el hecho indicado se explica necesariamente del indicador, su nivel de convicción será significativo, si no es así o se presentan distintas causas que explican el hecho indicador, su valor probatorio no será relevante, por lo que el hecho se tratará de una simple conjetura o sospecha”*.²⁰

Así, aumentar el chance de ser adjudicatarias en la licitación **MC-LP-031-2013** es la única finalidad que explica compartir oficinas, empleados y el intercambio de información; cualquier otra finalidad o admitir que las actividades comunes se realizaban sin perseguir un beneficio y/o a título de favor personal entre los profesionales de una y otra empresa escapa a un juicio con base en las reglas de la sana crítica y de la experiencia.

De hecho, conforme a las pruebas que obran en el expediente, de los ocho ofertantes tan solo tres resultaron habilitados tras la evaluación económica, entre los cuales dos eran las demandantes y una de ellas fue la adjudicataria:²¹

²⁰ Sentencia del 10 de septiembre de 2021, Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado. Radicación número: 18001-23-31-000-2010-00218-01(50889).

²¹ Cuadro tomado del archivo en medio digital: “DA_PROCESO_13-1-106834_133001000_9531693”

EVALUACIÓN ECONÓMICA
ALTERNATIVA 3: MEDIANA

PRESUPUESTO OFICIAL	\$ 1,115,461,536.00	VALOR DE LA MEDIANA	\$ 1,100,843,406.00		
DIFERENCIA MÍNIMA POSITIVA CON LA MEDIANA	\$ -	M	0		
VALOR OFERTA CON LA DIFERENCIA MÍNIMA	\$ 1,100,843,406.00	CALIFICACIÓN MÁXIMA	600		
PROPONENTE	VR. OFERTA	% PPTO OFICIAL	CONDICIÓN	DIFERENCIA MEDIANA	CALIFICACIÓN
DESARROLLAMOS INGENIERIA LTDA	\$ 1,090,069,124.00	97.72%	CUMPLE	\$ 10,774,282.00	594.12
PROYECTAR INGENIERA SAS	\$ 1,100,843,406.00	98.69%	CUMPLE	\$ -	600.00
CONSORCIO TL FUREL 2013	\$ 1,107,661,646.00	99.30%	CUMPLE	-\$ 6,818,240.00	596.28

PROPONENTE	CONDICION DEL PROPONENTE	TOTAL	VR. OFERTA
CONSORCIO TL FUREL 2013	HABILITADO	400	
DESARROLLAMOS INGENIERIA LTDA	HABILITADO	400	
PROYECTAR INGENIERA SAS	HABILITADO	400	
CONSORCIO GALEZ - DAGUA	RECHAZADO		\$ 1,097,814,907.00
CONSORCIO URBANO CULTURAL	RECHAZADO		\$ 1,096,779,083.00
CONSORCIO PORVENIR 2014	RECHAZADO		\$ 1,101,640,161.00
CONSORCIO CASA DE CULTURA	RECHAZADO		\$ 1,097,202,872.00
UNION TEMPORAL A & E	RECHAZADO		\$ 1,099,960,761.00

Dicho esto, aparece demostrado el **elemento subjetivo** de la colusión cual era la existencia de un acuerdo de voluntades, implícito, en la descrita dinámica empresarial de ambas empresas. También se demostró el **elemento objetivo**, que era la finalidad colusoria de este acuerdo de voluntades en relación con la licitación **MC-LP-031-2013**. Adicionalmente, la Sala es del criterio que este acuerdo colusorio se materializó en la medida que Proyectar Ingeniería SAS resultó adjudicataria y entre ambas lograron un 66.6% de posibilidades de ser adjudicatarias, pues representaban 2 de 3 empresas habilitadas.

De tal manera que existe una relación lógica entre hechos probados - indicadores- y fines colusorios -hecho indicado- que permite tener por acreditada la conducta tipificada en el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por la cual se sancionó a los demandados.

En resumen, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, la sanción impuesta se mantiene en firme y se garantizarán las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 regula la condena en costas y prevé que la sentencia debe disponer sobre su imposición conforme a la regulación prevista en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso. El numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que a la parte a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación deberá pagar las costas de la instancia (en este caso la parte actora).

En aplicación del numeral 4° del artículo 366 del Código General del Proceso en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan las

agencias en derecho en el equivalente a 1 SMMLV a la fecha de ejecutoria de esta sentencia y se liquidarán por Secretaría.

7. Publicidad

El expediente digital se encuentra en nuestra sede electrónica SAMAI, donde podrá consultar las actuaciones en el botón “CONSULTA DE PROCESOS” en el siguiente link <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/procesos.aspx>.

En SAMAI también encontrará la VENTANILLA VIRTUAL, link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8087/> donde los sujetos procesales podrán radicar memoriales y escritos para lo cual deben ingresar a la VENTANILLA VIRTUAL, dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Memoriales y/o Escritos”, aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo anexando copia del documento de identidad que acredite su calidad dentro del proceso y cargar los archivos con destino al proceso en los formatos permitidos pdf,.docx,.doc,.xlsx. Tamaño máximo por cada archivo: 20 MB. Estos memoriales y escritos se gestionarán directamente al proceso, lo que garantiza celeridad, economía, eficiencia, transparencia y publicidad, por tanto, es el canal oficial del Tribunal para recibir memoriales a partir del 16 de mayo de 2022.

En el mismo link los usuarios podrán solicitar ACCESO A LOS EXPEDIENTES para consultar documentos protegidos por reserva, para ello deben dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Acceso a expedientes” aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo y anexar el documento de identidad escaneado por ambos lados con el fin de acreditar su calidad dentro del proceso. En el siguiente link podrá consultar un video tutorial que lo guiará en SAMAI: “[accesoalaventanillavirtual.webm](#)”

Solo de manera subsidiaria se continuarán recibiendo escritos y memoriales en el correo rpmemorialestadmvcuca@cendoj.ramajudicial.gov.co identificando la radicación completa del expediente, el magistrado ponente, el medio de control, las partes y el asunto so pena de no gestionar el memorial. Las partes darán cumplimiento al artículo 78.14 del CPG.

Las partes informarán el canal digital elegido para surtir las actuaciones y notificaciones del presente proceso. En su defecto se tomarán como tales los correos electrónicos que obran en el proceso y en el SIRNA. De celebrarse alguna audiencia se hará a través de la plataforma LIFESIZE.



En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante.

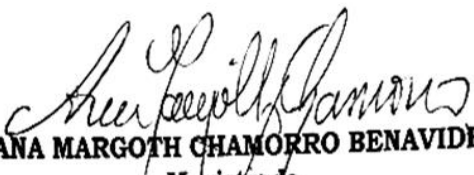
TERCERO: DISPONER el ARCHIVO previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI” y EXPÍDANSE las copias que soliciten las partes si la sentencia no fuere apelada. Dese cumplimiento por Secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta que se entrega a la Secretaria de la Corporación por medios virtuales, atendiendo las circunstancias de salubridad pública que se presentan en el país a raíz del COVID-19 y suscrito electrónicamente en la plataforma <http://samairj.consejodeestado.gov.co> en donde se puede corroborar su autenticidad.

Los Magistrados,


VICTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DIAZ
Magistrado


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada


ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada