



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 01055 DE 2009
19 ENE 2009

Radicación No. 06-061146

Por la cual se impone una sanción

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante resolución número 019804 de Junio 18 de 2008, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia abrió investigación para determinar si los señores ALEJO BUITRAGO CAMARGO, GERMAN VEGA CRUZ y la Sociedad INTERSYSTEM LTDA, infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

Así mismo, para establecer si el señor LEONARDO GÓMEZ LUENGAS, en su condición de representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, autorizó, ejecutó o toleró la conducta por la cual se le abrió investigación a la sociedad que representa.

SEGUNDO: Que en aplicación del procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, una vez notificada la resolución de apertura de investigación y corrido el traslado de ley, se ordenó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, en diciembre 18 de 2008, elaboró el informe motivado que presentó el resultado de la investigación, recomendando sancionar a los investigados.

TERCERO: Que conforme con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia corrió traslado del informe motivado a los investigados, quienes dentro del término fijado para tal fin expresaron sus consideraciones, así:

3.1. Mediante oficio de fecha diciembre 29 de 2008, radicado con el No 06-061146-00053-0002, el señor Alejo Buitrago Camargo, en su propio nombre y como representante legal de INTERSYSTEM LTDA, presentó observaciones respecto del informe motivado.

Al respecto sostuvo, entre otras, lo siguiente:

"(iii) Se anuncia que la conducta denominada "COLUSIÓN" se perfecciona cuando concurren tres (3) supuestos fácticos, quiere decir que si uno de ellos no concurre, NO se puede decir, en estricto derecho, que exista colusión, huelga señalar con mi acostumbrado respeto:

- En ningún momento probado está el hecho que el suscrito, Intersystem Ltda. y el Sr. German Vega, hallamos concertado para perjudicar a una persona determinada o a varias personas determinadas en la licitación, ello mediante conductas dolosas y por ende revestidas de mala fe."*

Huelga desde ya, referir, que era costumbre y es costumbre que personas naturales o jurídicas participantes dentro del evento licitatorio se apoyasen en tecnología o

conocimientos de otros participantes, ello bajo un acuerdo pre - contractual y/o pre - licitatorio, pues, la Ley no lo prohíbe o lo restringe - repito - NO implicando ello que se estuviese maquinando el daño contra uno o varios terceros, basta con verificar en la realidad fáctica licitatoria, esto es, en el propio campo de las actuaciones, para cerciorarse que en este entorno, si uno era favorecido con el contrato, el otro u otros estaban prestos a colaborar para la buena ejecución del mismo, ya en conocimientos o ya en tecnología, sin que ello se pudiese imputar a maniobras malévolas, de mala fe o desteales.

- Sobre la misma senda, es de relieves, que la "COLUSIÓN" debe de estar dirigida a la distribución de adjudicaciones. Entonces, es menester señalar en este punto, que cada institución educativa es independiente y cada una maneja su término de referencia para su contratación, pues, cada una tiene su propio régimen de capital y necesidades, por ende cada una ejecuta una licitación, así las cosas, no se puede decir que los aquí investigados acordamos distribuirnos la adjudicación de contratos, repito, cada institución tenía su única licitación en cuanto al manejo de notas y/o informes académicos, valga la acotación, por que (sic) existían otras licitaciones frente a otras necesidades del establecimiento educativo, respecto de las cuales nunca (sic) hubo intervención o interés de nuestra parte.

En ese orden de ideas, fuerza es concluir, que frente a las instituciones educativas como entes independientes y autónomos, se participó respecto de una sola licitación y no respecto a varias de la misma institución educativa, por manera que, no se nos puede imputar que acordamos distribuirnos la adjudicación de licitaciones - repito - ya que quien recibía la adjudicación respondía por ella, utilizando sus propios medios o en su defecto por fuerza mayor o necesidad de cumplimiento recibía el apoyo intelectual o tecnológico de otros licitantes, lo que no es ilícito, oculto, de mala fe o velado.

(...)

(iv) Seguidamente su señoría entra dentro de fondo al estadio del llamado "ACUERDO" en donde hace uso del medio probatorio testimonial, para demostrar la existencia de éste. Es así como, refiere las declaraciones del anterior representante de INTERSYSTEM LTDA. y la mía, respecto de lo cual me permito señalar:

- Efectivamente sí existió acuerdo entre los tres (3) investigados, es más, nunca se negó.
- Ahora bien, que a ese acuerdo se le de el tinte de acto doloso, de mala fe, torticero y/o con fines de dañar a uno o unos terceros ello no es cierto.

(...)

Quepa relieves, que la no presentación de oferta una vez de estar seleccionado por sorteo, no es contrario a la Ley, no lo prohíbe la misma, por ende no genera sanción alguna, dicho de otro modo, al no reprimirlo la Ley lo está permitiendo, por ello dicha conducta es costumbre.

- La misma ruta toma la pregunta 67 y su respuesta, pues, al contestar que Si esta confirmando la respuesta a la pregunta 64, ya que su fuente y contenido es el mismo.

La pregunta 71 y su respuesta, indica sin temor a duda lo indicado precedentemente, esto es, que entre los postulantes es permitido presentarse apoyo técnico, y si son seleccionados solo el más idóneo presente oferta o en su defecto, si éste no la presenta es probable que de apoyo técnico al ofertante (sic), conducta que es costumbre en este tipo de licitaciones -repito- no siendo contrario a la Ley -repito- el propio cuadro así nos lo enseña.

(...)

- Sea del caso indicar que como uno solo presentaba la oferta, ello implicaba que el otro no podía cumplir en estricto los términos de referencia, quedándose al margen, por falta de calidad en su posible oferta, como sucedía y sucedió con otros oferentes seleccionados – repito-.
- Es menester hacer precisión, en cuanto al acuerdo en comento, ya que, ello nos era permitido por la propia Ley, ya bajo una fusión, consolidación o integración, lo que análogicamente nos cobijaba por el **Art. 51 del Decreto 2153 de 1992** y de suyo la **Ley 155 de 1959 Art. 4.**

Lo que se castiga es la MALA FE y EL DAÑO, no el acuerdo, aspectos que no se han probado en cabeza nuestra en forma exclusiva y sin duda alguna.

(...)

- Con todo respeto, el hecho de que tres o más licitantes tengan un mismo domicilio comercial y unos mismos medios de comunicación (teléfonos) no son elemento suficiente para determinar una mala fe, una competencia desleal o un daño, menos aún, cuando se indica que las ofertas o términos son similares, basta con mirar el 100% de los términos presentados y se vera (sic) similitudes, lo que lejos – con todo respeto- esta de ser, causa de un efecto.

(...)

(v) Necesario es ahora referirme a la expresión jurídica de la "COLUSIÓN" y de la que se hace referencia en el numeral 2.3.2.

(...)

- De igual forma, que se cumpliera en forma idónea con los factores de calidad y precio. Factores que sin duda alguna los oferentes podían cumplir con sus propios medios o con los ofrecidos o pedidos a terceros por ellos mismos, lo que lejos esta de ser ilegal, de mala fe o tildarse de competencia desleal, ya que, la propia Ley, no lo prohíbe."

Esta, lo que sanciona, es el no cumplimiento de la oferta cuando se es escogido, y eso precisamente fue lo que acordamos, el apoyo de idoneidad y tecnológico cuando se fuese favorecido uno de nosotros, como lo hacían otros postulantes.

Ahora bien, que a ese acuerdo se le impute el grado de "COLUSIÓN" y por lógica de acto doloso tendiente a causar daño comercial a uno o varios terceros, lejos esta de haber sido fáctica y jurídicamente cierto y probado.

- Que uno solo presente la oferta esto era costumbre y con ello permitido por la Ley – repito- tomándose como fuente el cuadro impreso, mírese que de 10 seleccionados ofertaron 4; de 12 ofertaron 5; de 10 ofertaron 3; de 10 ofertaron 4 y de 15 ofertaron 9.

La pregunta es ¿Por qué no ofertaron todos y los que no ofertaron actuaron de mala fe, tendiente a causar daño comercial a los otros seleccionados? La respuesta surge de apuro (sic) con luz propia...no ofertaron todos por que (sic) es de su propio albedrío hacerlo, porque la Ley no obliga, y segundo al ser del fuero libre de cada uno y no ser obligatorio por mandato legal, esa omisión no se puede calificar de acto doloso y de mala fe, tendiente a causar daño, por que (sic) de ser así, reitero, el número de investigados y de conductas desleales sería extremadamente amplio, el acto de no ofertar, de suyo, no se le puede calificar como acto de mala fe y desleal en el ámbito

comercial. En otros eventos licitatorios unos seleccionados no ofertaron y otros si y no fuimos favorecidos con el contrato, circunstancia que nunca calificamos de falta de lealtad comercial (acuerdo y colusión en nuestra contra).

Huelga resaltar, que exactamente y con base en el cuadro, solo el 42,2% presentó oferta. En ese orden, téngase en cuenta que los llamados son muchos y pocos los elegidos, y de los elegidos solo el 42,2% acepta la invitación mediante la presentación de oferta.

(...)

III.- RELATIVO A LAS CONCLUSIONES.

(i) Con el debido respeto, recibimos sus conclusiones pero no las compartimos, por falta de relación fáctica, probatoria y jurídica en el asunto investigado, por ausencia de prueba en cuanto a la efectiva colusión tendiente a perjudicar a terceros, a la efectiva actuación de mala fe, al efectivo despliegue de conducta dolosa, y con ello ausencia de prueba que sin temor a duda enseñe con toda certeza que en el fuero interno de cada uno de los investigados estaba la de afectar la competencia comercial, la promoción de la competencia y la ejecución de una práctica comercial restrictiva.

(ii) Es de columbrar el hecho de que es su propio Despacho es quien analítica y razonadamente determinó que los ofertantes (sic) (quienes en suma eran los interesados) finalmente no fueron perjudicados, dicho de otro modo, sus derechos no fueron restringidos, sino por el contrario ampliados. Que su Despacho con el cuadro digitado y plasmado, enseñó (sic) que a) No todos los seleccionados tenían la obligación de ofertar, b) que NO todos los seleccionados ofertaron; c) que el 40,2% de los seleccionados ofertaron y d) que ese 40,2% que ofertaron y se interesaron, fueron favorecidos en sus probabilidades. Motivación que no tiene congruencia con su pretensión en el acápite de conclusiones y recomendaciones.

(iii) Tampoco se presentó la colusión aducido por su respetado Despacho, por cuanto nuestra actuación no fue dirigida a la distribución de adjudicaciones, ya que cada una de las licitaciones y/o contratos era determinado por el rector de la institución independientemente de los otros establecimientos educativos, y frente a ese centro de educación se pretendió licitar para los informes académicos y no para varias licitaciones, teniendo en cuenta que cada colegio tiene sus propias necesidades, su propio presupuesto y sus propios términos de referencia, esto es, independiente de las otras instituciones.

Así las cosas, NO se nos puede decir que concertamos con el fin de obtener la adjudicación de varias licitaciones frente a una misma institución educativa.

(iv) En estricto derecho probatorio, no se puede argüir en nuestra contra una prueba, que nada tiene que ver con nosotros los investigados, y que vista a la ligera hace más gravosa nuestra Posición (sic). Me refiero al literal "b" del numeral 2.3.2., ya que, nunca fuimos favorecidos o contratados en la institución "Francisco de Paula Santander.

IV.- RELATIVO AL D. 2153 de 1992 y ART. 35 y 136 del C. C. Ad.

(i) Las normas del Contencioso Administrativo se aplicaran al presente asunto según el Art. 52 del D. 2153 de 1992. En ese orden, el Art. 35 del Estatuto Contencioso Administrativo señala en su inciso 2:

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Bajo esa orden legal, es menester reiterar, para que se decida y se tengan en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que sucedió la presunta COLUSIÓN, la petición que denominé subsidiaria en escrito arrimado a su Despacho. Petición respecto de la cual espero Usted se pronuncie, pues, en la etapa investigativa que Usted ha cerrado no se pronunció, claro esta, sin perjuicio de lo precedentemente razonado.

Ello me impulsa a plasmar de nuevo dicha petición, así:

V.- PRETENCIÓN (sic) SUBSIDIARIA.

Sea del caso para el presente acápite anunciar a su señoría los siguientes hechos:

HECHOS:

1. ALEJO BUITRAGO CAMARGO, desde lo acontecido en el año 2006, esto es, a partir del año 2007 hasta el hoy, no ha participado en ningún tipo de licitación ante los I.E.D.
2. INTERSYSTEM LTDA. a partir del año 2007 sí ha participado en licitaciones ante las I.E.D.

Es fuerza concluir entonces, que las conductas presuntamente irregulares imputadas a nosotros en dicha época, no se han vuelto a presentar, huelga señalar bajo la presunción referida.

4. Relievado lo anterior es de suyo señalar que nos encontramos dentro de la posibilidad que el legislador dio en el Decreto 2153 de 1992 en su Artículos (sic) 52 inciso 4, es decir, la de solicitar respetuosamente se ordene la clausura de la investigación, ya que nuestra conducta es índice inequívoco y garantía suficiente, de que no se ha ejecutado ni se ejecutará (sic) las conductas imputadas. Lo anterior sin perjuicio de lo argüido en el acápite II del presente, esto es, de nuestra no responsabilidad.

PETICION

Con base en lo señalado en este acápite solicitamos comedidamente:

I. Se clausure la investigación.

II. En su defecto en forma comedida y respetuosa se nos conmine a señalar las garantías que su Despacho a bien tenga y como consecuencia ordene clausurar la investigación.

Quepa relievár que lo precedente lo patentiza el propio Art. 52 del D. 2153 de 1992.

En éste (sic) orden, dejo plasmados en forma respetuosa, los argumentos tendientes a que los aquí investigados se nos libere de toda responsabilidad por la presunta conducta contemplada en el No. 9 del Art. 47 del D. 2153 de 1992, esto es, COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES."

3.2. Mediante oficio de fecha diciembre 29 de 2008, radicado con el No 06-061146-00054-0002, el señor Germán Vega Cruz, presentó observaciones respecto del informe motivado.

Al respecto sostuvo:

"1.- Nunca entre (sic) en acuerdo dañino o de la llamada colusión, ya que nunca me junte con los otros investigados para hacer daño a otros compañeros licitantes, efectivamente si hubo acuerdo en cuanto ayuda tecnológica y aspectos de conocimientos en sistemas, pero nunca tendientes a ejercer conductas desleales o dañosas contra terceros.

2.- Como compartíamos el mismo domicilio comercial y parte de nuestros conocimientos, como también, unos con más tecnología que otros y más presupuesto que otros, procurábamos ayudarnos, según los términos de referencia que cada institución educativa determinaba.

Es así como si uno salía elegido dentro del sorteo, según los terminaos (sic) de referencia, se optaba por presentar oferta o no, pues, repito, no todos teníamos la capacidad económica, tecnológica y conocimientos, dando como resultado que el que saliera favorecido, si era que salía, tuviese la ayuda en esos aspectos de los otros, por que (sic) no solo en la practica (sic), sino también, en la licitación o contratación, somos totalmente independientes.

3.- Señor investigador, quiero que se tenga (sic) en cuenta los siguientes aspectos:

- El número de postulantes, es indeterminado por que (sic) la Ley así lo permite.

- La elección es por sorteo, lo que es propio de cada rector, quiere esto decir, que es él quien hace la selección sin que los postulantes tengamos ingerencia en dicho sorteo y su forma.

- Por tanto, el ser seleccionados no depende de nosotros, despechándose (sic) negativamente cualquier tipo de maniobra desleal en contra de nuestros colegas licitantes o contratantes, es más, no sabíamos si íbamos a ser seleccionados, lo que desvirtúa cualquier acuerdo en grado de colusión.

- Ya entrando dentro de los seleccionados, dependía de los términos de referencia, si presentábamos oferta o no, circunstancia que no era obligatoria, dicho de otros modo, era del propio resorte de cada uno como independientes que somos, si presentábamos esa oferta o no.

Llamo la atención, que esa facultad se regía conforme a la Ley, la que en ningún momento impide y sanciona al que no oferte, es decir, siendo seleccionado, yo puedo ofertar o no, lo que no implica que desmejore a otros, pues, esa es una práctica por costumbre que la propia Ley no restringe.

Luego de los seleccionados, aproximadamente más del 50% no presenta oferta, no pudiéndose eso tildar de maniobra de colusión en contra de quienes no ofertaron, ya por que (sic) no quisieron, ya por que (sic) se dieron cuenta que sus elementos técnicos o idoneidad, como que también, la fuerza comercial de los otros sorteados les enseñaba su no prosperidad, dando como resultado que los más interesados, eso es, lo que ofertaron adquirieran más posibilidades, luego entraba en juego el análisis técnico, económico e idóneo que hacía el contratante, claro esta (sic), al tenor de los términos de referencia. Siendo fuerza concluir, que nunca fueron perjudicados, como tampoco los inicialmente postulantes.

La propia Ley lo permite, es tanto que no existe sanción para quien no oferte una vez este (sic) seleccionado, por ello en la práctica esto es en extremo común y se ve como

lógico y no como una competencia desleal o tendiente a hacer daño a otros presuntos contratotes (sic).

Nunca participamos frente a una misma institución educativa como ente propio y autónomo en su presupuesto y necesidades, en varias licitaciones o contrataciones, y menos intervenimos en los términos de referencia.

4.- He sabido, que el derecho a las acciones o actos en el orden jurídico, no se pueden perpetuar en el tiempo, por ellos la Ley determina las figuras de la prescripción, de la caducidad o la perención.

Es así como ya habían transcurrido más de dos (2) años desde la ocurrencia de los presuntos hechos (mes de enero de 2006) al momento en que se inició la investigación (junio de 2008), lo que bajo la voz del Código Contencioso administrativo se tiene como caducidad, que efectivamente se presentó y pido se declare, independientemente de la certeza en la honestidad y buena fe que tengo de mis actos y en los que ejecutaron los otros investigados dentro del presente asunto.

Esto, sin que se tenga tácitamente como aceptados los cargos, es simplemente una solicitud de aplicación legal.

Por lo expuesto, pido se me libere de toda responsabilidad de COLUSIÓN."

CUARTO: Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho resolverá el presente caso en los siguientes términos:

4.1. Tiempo de los hechos investigados

La conducta objeto de análisis en esta resolución, corresponde a la desplegada por los señores Alejo Buitrago Camargo, Germán Vega Cruz, la sociedad INTERSYSTEM LTDA. y su representante legal, en los procesos de contratación adelantados por algunas instituciones educativas Distritales de Bogotá, para adquirir el servicio de sistematización de notas, en el mes de enero del año 2006.

4.2. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en especial por los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, corresponde a esta entidad "1. *Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; lograr que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.*" y "2. *Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.*"

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el citado decreto, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2, en concordancia con los numerales 13, 15 y 16 del artículo 4 del citado decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

Las normas contenidas principalmente en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963 y los artículos 44 a 50 del Decreto 2153 de 1992 configuran las normas básicas en materia de prácticas comerciales restrictivas, en virtud de las cuales se prohíben y sancionan las conductas que tengan por objeto o como efecto la alteración del libre desenvolvimiento del mercado, las cuales pueden revestir la forma de acuerdos o actos contrarios a la libre competencia o de abusos de la posición dominante en el mercado.

El régimen descrito está en armonía con lo previsto por el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece:

"Art. 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación"

Frente al alcance de la libre competencia en el marco de la Constitución Política de 1991 la Corte Constitucional ha expresado:

"La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

A partir de la Constitución Política de 1991, el ejercicio de la libre competencia, que se consideró siempre, correspondía a la autonomía de la libertad y a la libertad contractual propia de la esfera del individuo, se estima como perteneciente a la estructura del Estado social y democrático de derecho, que se funda en un sistema de economía mixta y en un modelo de economía social de mercado. De este modo debe entenderse el principio establecido en el artículo 333, inciso segundo, de la

Constitución Política, según el cual la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, en el sentido que el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que debe cumplir. El derecho a la libre competencia es garantizado por la Constitución Política, que simultáneamente exige que en su ejercicio se imponga el respeto a la función social que le es propia.

La libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas.

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

(...)

4.3. Regulación de la libre competencia

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política).

En nuestro Ordenamiento Jurídico, a partir de la Ley 155 de 1959, se inició una evolución legislativa encaminada a consolidar la competencia frente a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de los empresarios tendientes a eliminarla, limitarla, o restringirla o de las conductas unilaterales de algunos empresarios que por su fuerza económica tienen la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de bienes o servicios.

En este orden de ideas, la regulación legal orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en

segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios¹ (subraya fuera de texto).

Como ha quedado reseñado, el derecho a la libre competencia se encuentra previsto en el artículo 333 de la Constitución Política y ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un derecho que persigue una función social en el marco del Estado social de derecho.

En efecto, la libre competencia es un derecho que comporta una doble perspectiva pues es tanto derecho subjetivo de cada uno de los agentes económicos, como un derecho del colectivo.

Como derecho subjetivo, la libre competencia implica, por una parte, la potestad que tienen todos los agentes económicos de desarrollar la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las establecidas por la ley, y por la otra, su correlativa obligación de respetar las normas de competencia que les obligan a actuar de forma libre y leal en el mercado.

Ahora bien, la libre competencia se debe analizar no solo desde la perspectiva de los agentes económicos, es decir, como la protección que el Estado brinda a sus intereses individuales frente a eventuales prácticas anticompetitivas o desleales, sino que tal como lo dispone la Constitución de 1991 y lo ha ratificado la Corte Constitucional, constituye a la vez un derecho de la colectividad. Esta perspectiva implica que la libre competencia se traduce también en responsabilidades y obligaciones de los participantes en el mercado para proteger un interés público colectivo, esto es, el bienestar de todos los consumidores y la eficiencia del mercado.

Es así como la Corte Constitucional ha señalado que el ejercicio de la libre competencia se funda y se debe desarrollar bajo un esquema de economía social de mercado, es decir, uno que busca el bienestar y la estabilidad social. La libre competencia tiene por finalidad garantizarle a todas las personas que podrán desarrollar su actividad económica concurrendo en el mercado marcando diferencias que permitan tomar ventaja legítima respecto de quienes se dedican a la misma actividad, de tal suerte que cada uno esté en capacidad de brindarle a quienes, como consumidores finales o en general, como adquirentes de un bien o receptores de un servicio, diferentes calidades y precios que les permitan escoger libre e informadamente².

¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 616 de 2001. Ref: Expediente D-3279. Demanda de inconstitucionalidad (parcial) contra los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1.993. Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D.C., 13 de junio de 2001.

² Así lo indica la Corte Constitucional en la referida sentencia:

"La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política)". (Subraya fuera de texto).

4.3. Adecuación normativa

4.3.1. Normas presuntamente infringidas

Según el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, 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 adjudicación de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas."

4.3.2. Acuerdo

Por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas (Decreto 2153 de 1992, art. 45). El acuerdo puede tener lugar cuando se verifica la ocurrencia de cualquiera de las modalidades enunciadas en la norma referida, las cuales suponen un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades en una actuación coordinada.

4.3.3. Colusión

Se entiende por colusión la acción o efecto de *coludir*³ y por *coludir* el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto ha precisado la jurisprudencia, que *"las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra"*.⁴

Será colusorio el acuerdo entre competidores cuando, con la intención de obtener un resultado favorable en uno o varios procesos contractuales, se convenga con anticipación las condiciones en que van a actuar cada uno de ellos con el objeto de abstenerse de competir o de excluir a otros competidores potenciales.

En el caso de la colusión en proceso de selección la afectación de intereses colectivos es doble. Se vulnera tanto el interés colectivo de la libre competencia como el relacionado con la protección del patrimonio público en la medida en que se disminuyen las posibilidades de asignación eficiente de recursos por parte de la respectiva entidad estatal.

De esta manera, la conducta descrita se configurará cuando se presenten los siguientes supuestos fácticos:

- La existencia de un acuerdo
- Que el mencionado acuerdo tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, y/o

³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, página 330.

⁴ Sentencia de Revisión No. 007 del 26 de enero de 1995. Sala Civil. Corte Suprema de Justicia

✓

- Que el acuerdo tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

4.3.4. Hechos Investigados

La labor de investigación adelantada estuvo orientada a determinar si la persona jurídica y las personas naturales investigadas, previo acuerdo, ejecutaron conductas que hubiesen tenido como objeto lo siguiente:

- a. Aumentar la posibilidad de obtener la adjudicación de los contratos para sistematización de notas mediante la inscripción en las convocatorias y, en caso de ser elegido uno de ellos como hábil para proponer, los demás investigados, también elegidos, se abstendrían de presentar la respectiva propuesta.
- b. Disminuir la posibilidad de los participantes inscritos en los procesos de contratación, de ser seleccionados para presentar sus propuestas.

Igualmente, se investigó si el representante legal de Intersystem Ltda., habría autorizado, ejecutado o tolerado las conductas objeto de investigación.

4.3.5. Contratación Pública adelantada por las Instituciones Educativas Distritales (IED's) – Marco Jurídico

De conformidad con lo dispuesto por la Ley 715 de 2001 y su Decreto Reglamentario 992 de 2002⁵, los procesos de contratación por cuantía inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), para la época de los hechos, eran reglamentados por el Consejo Directivo de cada institución educativa.

Por su parte, los procesos que superaban la anterior cuantía, se desarrollaban de acuerdo con los postulados de la Ley 80 de 1993.

En el proceso de contratación que realizaron las IED's para la prestación de servicios de sistematización y elaboración de boletines de rendimiento escolar, vigencia 2006, se agotaron las siguientes etapas: Una vez registrado el proceso por parte del colegio en el portal "Contratación a la Vista", se publicaban los Términos de Referencia preliminares y definitivos a los cuales debía sujetarse el posible contratista, el informe

⁵ LEY 715 DE 2001. Artículo 13. *Procedimientos de contratación de los Fondos de Servicios Educativos. Todos los actos y contratos que tengan por objeto bienes y obligaciones que hayan de registrarse en la contabilidad de los Fondos de servicios educativos a los que se refiere el artículo anterior, se harán respetando los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, aplicados en forma razonable a las circunstancias concretas en las que hayan de celebrarse. Se harán con el propósito fundamental de proteger los derechos de los niños y de los jóvenes, y de conseguir eficacia y celeridad en la atención del servicio educativo, y economía en el uso de los recursos públicos.*

Los actos y contratos de cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos mensuales se regirán por las reglas de la contratación estatal, teniendo en cuenta su valor y naturaleza, y las circunstancias en las que se celebren. El Gobierno Nacional podrá indicar los casos en los cuales la cuantía señalada en el presente inciso será menor.

El rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los Fondos, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos.

(...)

7

preliminar de evaluación y el definitivo, y los formularios para hacer observaciones de todos los documentos señalados con anterioridad.

Se seguía con la etapa de postulación, dentro de la cual los candidatos a prestar el servicio se registraban en el portal "Contratación a la Vista", a través del código SICE, que es requerido para poder contratar con el Estado. Este número es personal e individual para cada participante. Acto seguido, si se presentaban más de diez (10) proponentes, se hacía un sorteo mediante el cual se reducía el número de oferentes en aplicación del Decreto 2170 de 2002. Una vez se obtenía este número de postulados, los mismos presentaban las diferentes ofertas.

Presentadas las propuestas, se pasaba a la etapa de valoración de la oferta, a fin de escoger la oferta más favorable, que cumpliera con todas las condiciones previstas en los términos de referencia publicados por la entidad, teniendo en cuenta además los factores de calidad y precio.

Finalmente, la institución educativa expedía el acto de adjudicación y posteriormente suscribía el correspondiente contrato.

4.4. El caso concreto.

a. Mediante oficio radicado con el número 06061146 de junio 23 de 2006, el Veedor Distrital de Bogota (E), puso en conocimiento de esta Superintendencia los siguientes hechos:

- En el año 2006, algunas instituciones educativas distritales iniciaron procesos de contratación dirigidos a la adquisición del servicio de sistematización de notas.
- La Veeduría Distrital realizó visitas a un total de 15 colegios⁶, en las que revisó los procesos de contratación en cuestión y en algunos casos solicitó copia de los documentos necesarios, con lo cual elaboró un documento denominado "VEEDURÍA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN – INFORME EJECUTIVO", en el que se exponen las irregularidades encontradas en cada una de las instituciones educativas visitadas.
- Entre las irregularidades encontradas, de acuerdo con el referido informe, se tienen:
 - i. Que la sociedad INTERSYSTEM LTDA y su representante legal, señor Leonardo Gómez Luengas y, los señores Germán Vega Cruz y Alejo Buitrago Camargo son un mismo postulante aunque con diferentes razones sociales;
 - ii. Que utilizan el mismo número de registro SICE;
 - iii. Que sus propuestas registran la misma dirección, teléfono y fax;
 - iv. Que los términos de las propuestas son similares;

⁶ Instituciones Educativas Distritales (IED) República de China, Antonio Nariño, Cristóbal Colón, Jorge Eliécer Gaitán, Costa Rica, Agustín Fernández, República de Colombia, Externado Camilo Torres, Tabora, Francisco de Paula Santander, San Cristóbal y Jose Félix Restrepo.

- v. Que dichas personas se inscribían a las mismas convocatorias, eran seleccionadas, pero tan sólo una de ellas presentaba propuesta.
- b. Con fundamento en el Informe de la Veeduría Distrital, "Seguimiento a los Procesos de Contratación de Sistematización de Notas de Instituciones Educativas Distritales", esta entidad requirió mayor información a diferentes instituciones educativas del Distrito, con lo cual pudo establecer lo siguiente:
- En 11 de los 15 colegios visitados por la Veeduría Distrital, se confirmó la postulación de Intersystem Ltda., Alejo Buitrago Camargo y Germán Vega Cruz en los respectivos procesos de contratación.
 - Las propuestas de los tres (3) investigados registran la misma dirección y número telefónico.
 - La papelería utilizada para la presentación de la oferta es la misma para los tres (3) en la mayoría de los casos y solo se diferencian por el nombre del postulado.
 - Alejo Buitrago Camargo fue representante legal de Intersystem hasta el año 2006.
 - En el acta N. 2 de Enero 31 de 2006 producto de una reunión sostenida en IED Agustín Fernández, firmada por el comité responsable de la contratación para la sistematización de notas, se consigna textualmente: "3- Acuerdos con el señor Buitrago: El señor Buitrago informa [...] El señor Germán Vega atiende toda la Institución".
 - Los términos de las propuestas de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, Alejo Buitrago Camargo y Germán Vega Cruz, son similares.
 - En algunas instituciones Educativas Distritales, los tres (3) investigados se inscribieron para participar en la adjudicación de los contratos y, a pesar de haber sido seleccionados, tan sólo uno (1) de ellos presentó la oferta.
- c. En Abril 28 de 2008, el señor Leonardo Gómez Luengas, en su calidad de representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, en declaración rendida a esta entidad, respondió así a las siguientes preguntas: (Ver folios 1243 a 1252 del Cuaderno No. 5 del expediente)

"PREGUNTA 64: INTERSYSTEM se ponía de acuerdo con el señor German Vega para que él se inscribiera, y luego de ser seleccionado, el señor Vega no entregara la propuesta?"

RESPUESTA: Sí, es decir, si los dos estábamos seleccionados en el sorteo sólo uno presentaba la oferta, ese es el acuerdo. Si se estaban los tres seleccionados de todas maneras se seleccionaba uno, y los otros o el otro no presentaban oferta. Si el señor German Vega o el señor Alejo Buitrago decían que no se retiraban INTERSYSTEM no presentaba oferta." (Negrilla fuera de texto)

PREGUNTA 67: INTERSYSTEM se ponía de acuerdo con el señor Alejo Buitrago para que él se inscribiera, y luego de ser seleccionado, el señor Buitrago no entregara la propuesta?"

RESPUESTA: Sí.

PREGUNTA 71: Infórmele al Despacho cuál era la finalidad del acuerdo realizado por INTERSYSTEM LTDA, GERMAN VEGA y ALEJO BUITRAGO, consistente en inscribirse en las convocatorias, y luego de ser seleccionados, dejar de presentar propuesta alguno de ustedes?

"RESPUESTA: La finalidad de eso es darle oportunidad a cualquiera de los tres de que entre a competir y obtenga el contrato o los beneficios. La empresa no les puede pagar un salario acorde a sus actividades, entonces lo que se hacía era que se les decía "preséntese y si se ganan la licitación yo les alquilo por precio módico los equipos", y eso les significa un mayor ingreso económico a ellos." (Negrilla fuera de texto)

- d. En Abril 29 de 2008, el señor Alejo Buitrago Camargo, en declaración rendida a esta entidad, respondió así a las siguientes preguntas: (Ver folios 1255 a 1261 del Cuaderno No. 5 del expediente)

"PREGUNTA 13: Infórmele a este Despacho si usted tiene algún vínculo actual con la sociedad Intersystem Ltda. En caso afirmativo, por favor explique?"

RESPUESTA: Actualmente soy empleado de la empresa, ellos me pagan por honorarios por asesoría, soy asesor como Ingeniero de sistemas en el área de informática, desarrollo de software; es decir, después de que me sacaron a mí como representante legal hace como 5 años, entonces me pagan por honorarios.

PREGUNTA 38: Infórmele al Despacho si usted se reunió de manera previa a cada licitación con el señor Germán Vega, para acordar los términos de las ofertas que iban a presentar cada uno respectivamente en el año 2006?

RESPUESTA: Sí, si nos reunimos porque ambos trabajamos para la misma empresa, y ambos somos asesores de INTERSYSTEM LTDA. Nosotros determinábamos quién cumplía con los requerimientos del colegio, entre otros, la parte técnica, la experiencia, y la parte económica. Por ejemplo, yo trabajaba un solo colegio para mí. La propuesta de INTERSYSTEM ambos asesorábamos la elaboración de la propuesta, y cuando yo veía que cumplía un colegio le solicitaba al representante legal de INTERSYSTEM, a don Leonardo Gómez Luengas y a don Germán, que yo iba a presentar propuesta a ese colegio, que generalmente creo que sólo fue uno en el año 2006, y entonces ellos se abstienen de presentar propuesta. El señor Germán Vega también hacía lo mismo, él decía yo cumplo los requisitos acá, y él nos informaba que él quería participar en esa convocatoria, entonces INTERSYSTEM LTDA y yo que ya estábamos inscritos nos absteníamos de elaborar y presentar la propuesta. (Negrilla fuera de texto)

PREGUNTA 44: El Despacho procede a poner de presente la pregunta y respuesta brindada por el representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, en donde expresó lo siguiente: "PREGUNTA 71: Infórmele al Despacho cuál era la finalidad del acuerdo realizado por INTERSYSTEM LTDA, GERMAN VEGA y ALEJO BUITRAGO, consistente en inscribirse en las convocatorias, y luego de ser seleccionados, dejar de presentar propuesta alguno de ustedes? RESPUESTA: La finalidad de eso es darle oportunidad a cualquiera de los tres de que entre a competir y obtenga el contrato o los beneficios. La empresa no les puede pagar un salario acorde a sus actividades, entonces lo que se hacía era que se les decía "preséntese y si se ganan la licitación yo les alquilo por precio módico los equipos", y eso les significa un mayor ingreso económico a ellos.

El Despacho, pregunta, qué tiene usted que decir al respecto.

CONTESTO: Sí es cierto, como hay aproximadamente 2000 colegios, cuando cada uno veía que reunía los requerimientos exigidos por el colegio, se lo solicitaba al representante legal de INTERSYSTEM que nos dejara presentar

propuesta para concursar y tener la oportunidad de obtener ingresos adicionales a los que nos pagan por asesorías". (Negrilla fuera de texto)

4.4.1. De la conducta adelantada por la sociedad INTERSYSTEM LTDA y por los señores ALEJO BUITRAGO CAMARGO y GERMAN VEGA CRUZ.

Conforme se desprende de la información examinada en el punto inmediatamente anterior, los señores ALEJO BUITRAGO CAMARGO, GERMAN VEGA CRUZ y la sociedad INTERSYSTEM LTDA, llegaron a un acuerdo consistente en que los tres (3) se inscribían para participar en la adjudicación de los contratos pero, luego de haber sido seleccionados, sólo uno (1) de ellos presentaba la oferta, absteniéndose uno (1) o los otros dos (2) de hacerlo, lo que les permitía tener una mayor posibilidad de que el contrato fuera adjudicado a alguno de ellos o, dicho de otra manera, le restaba oportunidad a los demás participantes de ser seleccionados para presentar oferta.

Esta situación, se aprecia aún mejor con el siguiente cuadro⁷:

Colegio	# de Postulantes	# de Postulantes Seleccionados en el Sorteo	Investigados que se Postularon	Investigados que fueron seleccionados en el Sorteo	# de seleccionados que presentaron propuesta	Investigados seleccionados que NO presentaron propuesta	Proponente seleccionado
Jorge Ellécer Gaitán	20	10	Intersystem, Alejo Buitrago y Germán Vega	Intersystem y Alejo Buitrago	4	Alejo Buitrago	Intersystem Ltda..
INEM Francisco de Paula Santander	16	12	Intersystem, Alejo Buitrago y Germán Vega	Intersystem, Alejo Buitrago y Germán Vega	5	Alejo Buitrago y Germán Vega	VPS SOFTWARE
Agustin Fernández	33	10	Intersystem, Alejo Buitrago y Germán Vega	Alejo Buitrago y Germán Vega	3	Germán Vega	Alejo Buitrago
Tenerife – Granada Sur	16	10	Intersystem, Alejo Buitrago y Germán Vega	Intersystem, Alejo Buitrago y Germán Vega	4	Alejo Buitrago y Germán Vega	Inge – Sisa
Antonio Nariño	27	15 ⁸	Intersystem, Alejo Buitrago y Germán Vega	Intersystem y Alejo Buitrago	9	Alejo Buitrago	Jairo Dioniso Cantor Ortíz
Cristobal Colón	16	10	Intersystem y Alejo Buitrago	Intersystem y Alejo Buitrago	5	Intersystem Ltda	Servisistemas Ara Ltda

⁷ Fuente: Informe de la Veeduría Distrital y antecedentes relacionados con la contratación para sistematización de boletines de rendimiento escolar – 2006, obrantes en el expediente.

⁸ El número de postulantes seleccionados en algunos sorteos fue superior a 10, como se aprecia en los Colegios Antonio Nariño e INEM Francisco de Paula Santander.

En particular, la probabilidad de que un postulante fuese seleccionado en el sorteo en ausencia del acuerdo colusorio referido sería de Z/N , siempre que N fuese un número mayor o igual a Z . Sin embargo, al excluir aquellos proponentes que de ser seleccionados no presentarían propuesta, dicha probabilidad sería de $Z/(N-k)$ siendo k el número de proponentes investigados que se abstendrían de presentar propuesta y z el número de postulantes favorecidos en el sorteo. De esta forma, el efecto colusorio dentro la licitación sería equivalente a:

$$P = \frac{Zk}{(N-k)N}$$

Donde:

$$K = 1, 2$$

A su vez, la omisión en la entrega de las ofertas por parte de los investigados seleccionados, le impidió a las instituciones educativas contar con un número mayor de ofertas a evaluar, de tal forma que el conjunto de elección pudo haber sido más amplio que el efectivamente observado. En este caso, k correspondería a su vez a la diferencia en el número de ofertas a evaluar.

La siguiente tabla resume la situación anteriormente planteada:

Colegio	# de Postulantes (N)	# de Postulantes Ganadores del Sorteo (z)	Número de Investigados que se Postularon	Número de Investigados que Ganaron el Sorteo	K	P (%)
Jorge Eliécer Gaitán	20	10	3	2	1	2.63
INEM Francisco de Paula Santander	16	12	3	3	2	10.71
Agustín Fernández	33	10	3	2	1	0.95
Tenerife - Granada Sur	16	10	3	3	2	8.93
Antonio Nariño	27	15	3	2	1	2.14
Cristóbal Colón	16	10	2	2	1	4.17

4.5. Conclusión.

Ha quedado demostrado que entre la sociedad INTERSYSTEM LTDA, el señor ALEJO BUITRAGO CAMARGO y el señor GERMÁN VEGA CRUZ, existió un acuerdo colusorio en los contratos para la prestación de servicios de sistematización y elaboración de boletines de rendimiento escolar, vigencia 2006, convocados por algunas Instituciones Educativas Distritales, consistente en:

- a. Aumentar la posibilidad de obtener la adjudicación de contratos mediante la inscripción en las convocatorias, y, en caso de ser elegido uno de ellos como hábil para proponer, los demás investigados, también elegidos, se abstenían de presentar la respectiva propuesta, y,
- b. Disminuir la posibilidad de los participantes inscritos en los procesos de contratación, de ser seleccionados para presentar sus propuestas.

Resulta necesario indicar, que el hecho de que el mecanismo colusorio adoptado por los investigados, no fuera especialmente eficaz para obtener la adjudicación de los contratos, pues, como se ha examinado a lo largo de la presente resolución, el acuerdo conllevaba era aumentar la probabilidad de obtener un contrato, ello no permite prescindir del reproche, mucho menos cuando los investigados declararon expresamente el objeto perseguido, cual era el de coludir en los procesos de contratación en los que participaron, absteniéndose de competir entre ellos en la instancia previa a la evaluación de las propuestas con el compromiso de subcontratar posteriormente entre ellos, haciendo que en realidad la multiplicidad aparente de intereses expresada en la postulación ante las respectivas entidades desapareciera al momento de ser beneficiados con el sorteo dos o tres de ellos.

Se resalta además, que la omisión en la entrega de las ofertas por parte de los investigados seleccionados, le impidió a las instituciones educativas contar con un número mayor de ofertas a evaluar.

En consecuencia, los investigados han incurrido en la conducta descrita en el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

4.6. Del ofrecimiento de garantías.

El señor Alejo Buitrago Camargo, en su nombre propio y como representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA., mediante oficio radicado en esta Superintendencia en Agosto 27 de 2008 (Ver folios 1286 a 1289 del cuaderno No. 5), solicitó por parte de este Despacho el señalamiento de unas garantías y, en consecuencia, la clausura de la presente investigación.

Al efecto, se hace necesario aclarar y reiterar que este Despacho en oportunidad procedió a atender dicha solicitud, indicando que el procedimiento de aceptación de garantías no está precedido de conminación alguna de parte de esta Superintendencia, sino del ofrecimiento mismo que de ellas haga el investigado (Ver folio 1290 del cuaderno No. 5 del expediente).

4.7 Responsabilidad del representante legal

De conformidad con el numeral 16 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio, está facultado para imponer a favor del Tesoro Nacional multas de hasta 300 salarios mínimos legales mensuales a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre libre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Recordemos que la responsabilidad personal a la que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, emana de un hecho – acción u omisión – del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 ya mencionado, no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto o que lo autoricen.

Así mismo y tal como lo establece el artículo 117 del Código de Comercio, para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones aprobadas a dichas facultades.

Bajo esta óptica, corresponde ahora establecer respecto del representante legal de la sociedad investigada, si el mismo ejecutó o autorizó las conductas anticompetitivas, con el fin de determinar su grado de responsabilidad.

Sobre este particular debemos señalar que, revisado el certificado de existencia y representación legal que reposa en el expediente (folios 1105 y 1106) se pudo establecer que el señor Leonardo Gómez Luengas, para el momento de ocurrencia de los hechos, ostentó el cargo de Gerente y representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA.

Ahora bien. Se encuentra suficientemente probado que el representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, señor Leonardo Gómez Luengas, autorizó y ejecutó el acuerdo con los señores Germán Vega Cruz y Alejo Buitrago Camargo, según el cual, a través de la no presentación de las ofertas en las convocatorias en donde eran seleccionados, aumentaban la posibilidad de ganar contratos.

La finalidad de tal acuerdo, tal y como el mismo señor Luengas lo manifestó era: *"...darle la oportunidad a cualquiera de los tres de que entre a competir y obtenga el contrato o los beneficios. La empresa no les puede pagar un salario acorde a sus actividades, entonces lo que se hacía era que se les decía 'preséntese y si se ganan la licitación, yo les alquilo por precio módico los equipos', y eso les significa un mayor ingreso económico a ellos".* (Ver folio 1252 del cuaderno No. 5 del expediente).

4.8 Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas

infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

En el caso concreto, por cuanto el monto de los contratos para la sistematización de notas en algunas Instituciones Educativas Distritales, no superaban los veinte (20) SMLV, este Despacho considera fundado imponer a la sociedad INTERSYSTEM LTDA, una sanción equivalente 5 SMLMV, esto es, dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil quinientos pesos (\$2'484.500); a los señores Alejo Buitrago Camargo y Germán Vega Cruz una sanción equivalente a 2 SMLMV, esto es, la suma de novecientos noventa y tres mil ochocientos pesos (\$993.800), a cada uno y, al representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, señor Leonardo Gómez Luengas, una sanción equivalente a 1 SMLMV, esto es, la suma de cuatrocientos noventa y seis mil novecientos pesos (\$496.900).

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, en enero 19 de 2008 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto en la parte considerativa, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la sociedad INTERSYSTEM LTDA, el señor ALEJO BUITRAGO CAMARGO y el señor GERMÁN VEGA CRUZ, contraviene el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a la sociedad INTERSYSTEM LTDA, identificada con el NIT 830.014.198, equivalente a dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil quinientos pesos (\$2'484.500).

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria a los señores ALEJO BUITRAGO CAMARGO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.211.298 de Pesca (Boyacá) y al señor GERMÁN VEGA CRUZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.415.659 de Bogotá, equivalente a novecientos noventa y tres mil ochocientos pesos (\$993.800), cada uno.

7

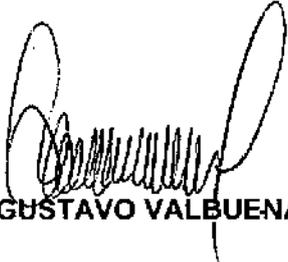
ARTÍCULO CUARTO: Por haber autorizado y ejecutado la conducta descrita en el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, Imponer una sanción pecuniaria al representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, señor LEONARDO GÓMEZ LUENGAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.904.015, equivalente a cuatrocientos noventa y seis mil novecientos pesos (\$496.900).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 05000024- 9 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional - Fondos Comunes Código Rentístico 350300 o en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente el contenido del presente acto administrativo al señor LEONARDO GÓMEZ LUENGAS, en su calidad de representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, al señor GERMAN VEGA CRUZ, al señor ALEJO BUITRAGO CAMARGO y al señor LEONARDO GÓMEZ LUENGAS, como persona natural, entregándoles copia del mismo e informándoles que contra esta decisión procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Dada en Bogotá D.C., a los **19** **ENE** 2009

El Superintendente de Industria y Comercio,


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Notificaciones:

Señor
LEONARDO GÓMEZ LUENGAS
C. C 2.904.015
Representante Legal
INTERSYSTEM LTDA.
NIT 830.014.198 - 1
Diagonal 43 No. 48 - 51
Bogotá D. C.

Señor

GERMÁN VEGA CRUZ

C. C. 79.415.659 de Bogotá

Diagonal 43 No. 48 – 51

Bogotá D. C.

Señor

ALEJO BUITRAGO CAMARGO

C. C. 4.211.298 de Pesca (Boyacá)

Diagonal 43 No. 48 – 51

Carrera 44 N. 55 – 50 Pablo VI

Bogotá D. C.

JCCA/cplp/cil