

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 3150 DE
2019 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso CUCUNUBÁ

Conducta colusoria en Licitaciones públicas

Investigados:

*Efraín Cucunubá Bermúdez, Javier Arturo Ayola Guerrero,
Virginia Isabel Bustamante Cifuentes, Sandro Fabián Duarte Palma,
Feligno José Mejía Meléndez, Lorenzo Orozco Pabón
Y Castañeda Rodríguez Ingeniería & Arquitectura Ltda.*

Análisis del CEDEC Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	3
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	8
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES	8

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 3150 DE 2019 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Caso CUCUNUBÁ
Conducta colusoria en Licitaciones públicas

Investigados:

*Efraín Cucunubá Bermúdez, Javier Arturo Ayola Guerrero,
Virginia Isabel Bustamante Cifuentes, Sandro Fabián Duarte Palma,
Feligno José Mejía Meléndez, Lorenzo Orozco Pabón
Y Castañeda Rodríguez Ingeniería & Arquitectura Ltda.*

1. Introducción

La conducta que se tratará en esta resolución hace referencia a la existencia de una práctica, procedimiento sistemas que limitan la competencia las cuales fueron realizadas por los investigados para alterar el proceso en el marco de los procesos de selección No. MCO 006-2014 y MCO 004-2014 del FONADE.

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución de apertura No 52793 de 9 de agosto de 2016, en virtud de la cual se abrió investigación en contra de los investigados, así como de sus representantes legales, este acto administrativo tiene como objetivo determinar si actuaron en contra de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos) y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

3. Consideraciones de la Delegatura

Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el Informe Motivado de la correspondiente actuación, en el cual presentó el resultado de las investigaciones, por lo tanto, la Delegatura concluyó que los miembros de los consorcios A&C, VISA, CONDOTO, PIJAO 2014, CONSTRUMURO y F&L coludieron en los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014, adelantados por el FONADE utilizando estas estructuras plurales como el medio idóneo para fingir competencia cuando en realidad no fue así.

4. Consideraciones de la Superintendencia

4.1. Respecto al mercado afectado por la conducta colusoria, la Superintendencia afirmó que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero, que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y presentaron una oferta dentro del proceso de selección, así las cosas, El despacho considera que en el presente caso los mercados afectados corresponden a los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006- 2014 de FONADE.

Sobre las particularidades de cada proceso objeto de estudio en esta resolución la Superintendencia hace las siguientes precisiones: Primero, el proceso de selección MCO 006-2014 del FONADE, el cual corresponde a una contratación de mínima cuantía cuyo objeto era la *"revisión, verificación, ajuste y validación de los estudios y diseños y construcción tercera etapa: muro de cerramiento obras complementarias y obras menores para el estadio municipal las garzas del municipio de Pijao en el departamento del Quindío"*. Adicionalmente, durante la etapa de averiguación preliminar, se estableció que el comportamiento anticompetitivo también se había desarrollado en el proceso de contratación de mínima cuantía No. MCO 004-2014 del FONADE cuyo objeto era el *"mejoramiento de viviendas en el municipio de Condoto - Chocó"*.

4.2. La Superintendencia hace precisión sobre la importancia de los elementos indiciarios porque, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia.

4.3. De manera que, la Superintendencia encontró relevante los siguientes hechos que denotan similitudes y coincidencias que no tienen otra explicación que la coordinación de quienes supuestamente participaban de forma independiente en el mercado, en ese sentido, el acta de cierre y registro de entrega de ofertas del proceso MCO 004-2014 probaron que las ofertas de los consorcios VISA, CONDOTO y A&C fueron presentadas por la misma persona (LUIS ALBERTO FULA) en la misma fecha y con tan solo un minuto de diferencia. Adicionalmente, registran números de pólizas consecutivos, además, a los tres consorcios les hacía falta la Garantía de Seriedad exigida. Asimismo, las portadas de las propuestas presentadas por los investigados presentaron claras y visibles similitudes, con la utilización de un formato, haciendo la salvedad que no fue suministrado ningún modelo a seguir por el FONADE, los investigados utilizaron además la misma estructura y ubicación en los diferentes párrafos incluidos en las portadas. A su vez, las tablas de contenido de las ofertas de los consorcios evidenciaron múltiples coincidencias en el formato y contenido e Incluso, los mismos espacios entre los recuadros que conforman las diferentes tablas.

De la misma manera se encontró que, VISA, CONDOTO y A&C, presentaron cada una

un "FORMATO CARTA DE PRESENTACIÓN", los cuales presentaban exactamente los mismos cambios respecto al formato entregado por el FONADE. Adicionalmente, la ubicación de los numerales presentados por los proponentes en las cartas de presentación de los consorcios son diferentes a los numerales presentados en el formato del FONADE, pero idénticos entre si. Los certificados de pagos al sistema de seguridad social y aportes parafiscales de los tres consorcios tienen el mismo formato y fueron expedidos el mismo día, mes y año. Finalmente, las Pólizas de Seguro de Cumplimiento fueron emitidas por la misma aseguradora, con números consecutivos, en la misma fecha, misma sucursal y mismo corredor de seguros.

4.4. De igual manera, en el Proceso de Selección MCO 006-2014 la Superintendencia encontró elementos indiciarios sobre las propuestas económicas presentadas por los consorcios investigados.

Es importante precisar que los consorcios PIJAO 2014, CONSTRUMURO y F&L fueron presentadas por la misma persona, LUIS ALBERTO FULA, en la misma fecha y con tan solo un minuto de diferencia. Adicionalmente, registran números de pólizas consecutivos. sumado a lo anterior la Entidad observó que las portadas de las propuestas presentadas por los consorcios presentaron claras y visibles similitudes, con la utilización de un formato único en las tres propuestas. Los índices de las ofertas presentadas por los investigados coincidieron inexplicablemente, con una misma estructura, misma fuente y un visible formato idéntico. De igual manera los índices de los consorcios tenían las mismas modificaciones con respecto al formato formulado por el FONADE. De la misma forma como sucedió en el anterior proceso, en este momento, las Pólizas de Seguro de Cumplimiento de los tres consorcios, PIJAO 2014, CONSTRUMURO y F&L, fueron emitidas por la misma aseguradora, con números consecutivos, en la misma fecha, misma sucursal y mismo intermediario de seguros (HILLER FRANCISCO GARCÍA). Adicionalmente, existe un correo electrónico, enviado por ALEXI POMARES (F&L) al corredor de seguros, en el cual adjunta los documentos de conformación de los tres consorcios, lo cual denota que ambas ofertas siendo supuestas competidoras se estructuraron en conjunto.

Adicionalmente y de acuerdo con los indicios encontrados, la Superintendencia considera que JAVIER ARTURO AYOLA, en sus comentarios presentados al Informe Motivado confesó haber sido él mismo quien elaboró la totalidad de las propuestas presentadas por los investigados en el proceso MCO 004-2014 y por los consorcios PIJAO 2014, CONSTRUMURO y F&L en el proceso MCO 006-2014 del FONADE. En ese sentido, JAVIER ARTURO AYOLA confesó la conducta anticompetitiva investigada por la presente actuación administrativa. Sin embargo, la afirmación de JAVIER AYOLA respecto de que los demás participantes e investigados en este proceso no eran conscientes de la elaboración conjunta, se encuentra desvirtuada por la Superintendencia, con base en los elementos de prueba encontrados.

Primero, está demostrado en el Expediente que, entre los investigados EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, VIRGINIA ISABEL

BUSTAMANTE, SANDRO FABIÁN DUARTE, FELIGNO JOSÉ MEJÍA y LORENZO OROZCO existía una relación preexistente, que surgió con antelación a los procesos de selección MCO 004- 2014 y MCO 006-2014 del FONADE.

Al respecto, la Autoridad ha indicado que las relaciones preexistentes entre los oferentes en un proceso de selección sean estas personales o profesionales, no son censurables en sí. En efecto, no solo es natural y legal que empresas que hayan participado en calidad de consorcios o Uniones Temporales en diferentes procesos de selección se presenten en procesos posteriores como competidores, sino que es una práctica común; lo reprochable es que se utilice a una misma persona para que elabore las dos propuestas de forma simultánea y de esta manera se complementen unas a otras al momento de elegir al adjudicatario de los procesos contractuales puesto que altera las probabilidades de resultar ganadora una de las estructuras plurales coludidas.

De hecho, la Superintendencia obtuvo evidencia que demuestra que los investigados han tenido relaciones personales y profesionales en el pasado, lo cual, al ser adicionado al acervo probatorio, y analizarse en conjunto con los elementos indiciarios que fueron presentados anteriormente por este Despacho, refuerzan la conclusión de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los investigados que fue puesto en marcha, entre otros, en los procesos objeto de esta investigación.

Por ejemplo, existe relación de cercanía entre EFRAÍN CUCUNUBÁ y FELIGNO JOSÉ MEJÍA, quienes participaron en los dos procesos de selección objeto de la presente investigación, pero en consorcios aparentemente competidores. De esta forma, FELIGNO JOSÉ MEJÍA hizo parte del consorcio F&L durante el proceso de selección MCO 006-2014 y del consorcio CONDOTO en el proceso de selección MCO 004-2014, mientras que EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ hizo parte del consorcio PIJAO 2014 en el proceso de selección MCO 006-2014 y del consorcio A&C en el proceso de selección MCO 004-2014. De esta forma, el Despacho, encontró probado que los investigados EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ y FELIGNO JOSÉ MEJÍA tenían una relación preexistente, en virtud de la cual se prestaban colaboración en los diferentes procesos de selección en los cuales decidían participar de manera conjunta o independiente.

Llama la atención de la Superintendencia, el hecho reconocido por JAVIER ARTURO AYOLA y LORENZO OROZCO durante la investigación, quienes afirmaron que los investigados EFRAÍN CUCUNUBÁ, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA y LORENZO OROZCO hicieron entrega de sus documentos de identidad, registros tributarios y registros únicos de proponentes (RUP) a JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, con el objetivo de que éste los presentara en procesos de selección futuros por medio de consorcios o cualquier otra figura simulando competente, toda vez que como se indicó el SR. AYOLA, confesó que el estructuraba las ofertas de ambos competidores.

Por lo tanto, el Despacho concluyó que JAVIER ARTURO AYOLA presentaba propuestas en diferentes procesos de selección a nombre personal y a nombre de los demás

investigados, quienes le proporcionaban, entre otros, sus respectivos documentos de identidad, con el fin de que elaborara las propuestas económicas a presentar. Lo anterior, como lo manifestó JAVIER ARTURO AYOLA, se hacía con base en la estrecha relación de confianza que existía entre los investigados.

Por último, la Entidad encontró casos anteriores que evidenciaron la participación conjunta de los investigados en diferentes procesos de selección. Los anteriores elementos probatorios y un elemento adicional que se suma a los vistos hasta ahora permiten inferir que la relación preexistente de los investigados iba mucho más allá, y derivó en la instauración de un sistema de cooperación por medio de la cual los investigados se han presentado en diferentes procesos de manera concurrente y coordinada, en ocasiones incluso como aparentes competidores, entre estos casos se encuentran los siguientes:

- Proceso OET1-01-06-LP
- Proceso LP 020-2009
- Proceso SAMC 007 de 2010
- Proceso LP-ICT-001-2015
- Proceso OPC 037-2015

4.5. Por otro lado, el Despacho encontró un elemento adicional consistente en el hecho que la relación entre los investigados era tan estrecha que su actuar conjunto ha llevado incluso a terceras personas a identificarlos como un “grupo de trabajo” y reconocer su participación conjunta en diferentes proyectos de contratación. En este orden de ideas, las declaraciones de HILLER GARCÍA evidenciaron que los investigados eran relacionados como un grupo de trabajo, con una estrecha relación profesional entre ellos.

4.6. Por último, el comportamiento coordinado tenía la potencialidad de incrementar la probabilidad de que alguno de los consorcios conformados resultara adjudicatario del contrato en cuestión. Si bien en los procesos de licitación hay factores aleatorios, aunque, también existían elementos que en su momento les permitieron a los participantes reducir la incertidumbre. (i) las reglas de calificación de las ofertas económicas en todos los procesos similares adelantados por el FONADE fueron casi Idénticas; (ii) el número de proponentes que se presentan a este tipo de procesos de selección era previsible (iii) el comportamiento histórico de los proponentes presentes en procesos anteriores similares era observable y (iv) el rango en el que estarían los valores de las ofertas económicas que formularían los proponentes era limitado. Lo anterior por cuanto en las reglas de participación, el FONADE determinó que las ofertas debían estar ubicadas entre el 90% y el 100% del presupuesto oficial del proceso. Por lo tanto, la Delegatura logró demostrar que, de haber actuado en real competencia mediante propuestas autónomas e independientes, la probabilidad de éxito para cada uno de los investigados participantes en este proceso habría sido de 4.80% para PIJAO 2014, 5% para F&L y 15.29% para CONSTRUMURO.

4.6. En conclusión, para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado que los investigados EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ y LORENZO OROZCO PABÓN infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber Incurrido en un acuerdo colusorio dentro de los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 adelantados por FONADE.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso impuso una sanción administrativa a las investigadas, al decidir que:

ARTÍCULO DECLARAR. que EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ y LORENZO OROZCO PABÓN, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

(...)

ARTÍCULO TERCERO. ARCHIVAR la investigación en favor de **CASTAÑEDA RODRÍGUEZ INGENIERÍAS ARQUITECTURA LTDA.**, respecto al cargo formulado por la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO. ARCHIVAR la investigación en favor de **LUIS ALBERTO FULA CASTIBLANCO** y **DANIEL ALEJANDRO CASTAÑEDA RODRÍGUEZ**, respecto al cargo formulado por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

(...)*

6. Análisis y conclusiones

En el caso concreto la Superintendencia encontró que el acuerdo colusorio se evidenció de manera razonable a través de distintos indicios que denotaban las inexplicables similitudes y coincidencias respecto a la elaboración de la oferta, los certificado para cumplir los requisitos técnicos y las pólizas de cumplimiento, En ese

sentido la Autoridad indica que cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de la autoridad de competencia, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad debe ser realizada a partir de medios de prueba directa, indirecta o incluso indiciaria. Así las cosas, la respectiva, actuación se basó en la recopilación de múltiples coincidencias que no conllevan a otra conclusión distinta a un acuerdo colusorio para aumentar las posibilidades de resultar adjudicatarios.

Asimismo, la Superintendencia aclara que si bien las relaciones pre-existentes entre los socios son legales e incluso comunes en el mercado y es legítimo realizar estructuras plurales para asociarse, no obstante, la Autoridad utiliza la cercanía como el marco y contexto para evidenciar elementos probatorios adicionales que facilitaron las inexplicables coincidencias que dan cuenta de la elaboración de una estrategia anticompetitiva, además la Superintendencia no solo afirma que la relación preexistente de los investigados iba mucho más allá, sino que indica que facilitó el sistema de cooperación por medio de la cual los investigados se han presentado en diferentes procesos de manera concurrente y coordinada, en ocasiones incluso como aparentes competidores, así las cosas, menciona ciertos procesos de selección contractual que consideran que hicieron parte de la presentación a procesos de forma coordinada pero no los analiza de fondo y mucho menos fueron vinculados al actual proceso administrativo, lo cual puede ser indicio de una falta de diligencia de parte de la entidad e incluso tal falta pudo conllevar a unos resultados distintos a los analizados en el proceso.

La estrategia anticompetitiva además pudo evidenciarse a través del envío de la información sensible a un trabajador de una de las empresas investigadas con el fin de que este tuviera al alcance los documentos pertinentes para estructurar de forma conjuntas las propuestas de los supuestos competidores.

En ese sentido se pudo observar por parte de la Superintendencia que si bien los investigados no tenían conocimiento respecto a los procesos específicos en los que se pondría en marcha el acuerdo respecto a la utilización de los documentos entregados, sí se puso de presente, de manera explícita y en varias ocasiones que todos los involucrados en dicho sistema tenía plena certeza y voluntad de la implementación del esquema anticompetitivo para procesos futuros.

Finalmente, se puso en evidencia, que el actuar coordinado fue tuvo la potencialidad para falsear la competencia en los procesos MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del FONADE, sin importar el resultado, toda vez que al realizar el análisis económico de la conducta se puso en evidencia el aumento de la probabilidad para obtener éxito al

actuar de manera conjunta.

Por último, es preciso indicar que la imputación, al encontrarse probada la conducta en la el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, también infringieron lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en razón a que la prohibición general incorpora las conductas descritas como prácticas anticompetitivas en el Decreto 2153 de 1992.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.