

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 40835 DE
2013 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso Cormagdalena
Colusión en licitaciones públicas

Investigados:
PROMOTORA EL CAMPIN S.A. y contra EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA.

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	4
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA.	5
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	10
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	11

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 40835 DE 2013 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso Cormagdalena

Colusión en licitaciones públicas

Investigados:

PROMOTORA EL CAMPIN S.A. y contra EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA

1. Introducción

La actuación administrativa contra las investigadas se inició a raíz de una comunicación enviada por CORMAGDALENA a esta Superintendencia el 18 de mayo de 2011, en la que informaba de unas presuntas irregularidades que se habrían presentado en el curso de la licitación LP-007 de 2010, en relación con las ofertas presentadas en dicha licitación por las investigadas. Los hechos puestos de presente por CORMAGDALENA a esta Entidad fueron advertidos y alegados por JORGE ELIÉCER MUÑOZ BOTERO, representante legal del CONSORCIO OBRAS JIS, y quien también fue oferente dentro de la Licitación LP-007 de 2010.

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución No. 55463 del 7 de octubre de 2011³ (en adelante, "Resolución de Apertura"), el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegado") ordenó abrir investigación en contra de PROMOTORA EL CAMPIN S.A. (en adelante, "PROMOTORA EL CAMPIN") y contra EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA (en adelante, "investigadas"), con el fin de determinar si habrían coludido en la Licitación LP-007 de 2010, abierta por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DEL MAGDALENA (en adelante, "CORMAGDALENA"), cuyo objeto era el *"diseño y construcción de obras de control de inundación y erosión en el municipio de Altos del Rosario, departamento de Bolívar"* (en adelante, "Licitación"), y con ello habrían infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si LUIS ROBERTO FUENTES CASTILLA, en su calidad de representante legal de PROMOTORA EL CAMPIN, incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, vigente en la fecha de expedición de la Resolución

de Apertura

3. Consideraciones de la Delegatura

La Resolución de Apertura fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas en que las propuestas de las investigadas tenían diversas coincidencias formales que podrían ser el resultado de que estuvieran coludiendo en la Licitación. En particular, se denunciaron las siguientes coincidencias:

- Similitudes en el formato de carátula de la oferta, así como en la estructura de la organización de las propuestas;
- Ambas propuestas presentaron la certificación de su acreditación de calidad ISO 9001:2001 emitida por Bureau Veritas, la cual no se exigía en los pliegos de condiciones;
- Las pólizas de seriedad de la oferta aportadas por las investigadas fueron emitidas por la misma compañía de seguros, en la misma fecha, en la misma sucursal, con números consecutivos de póliza y factura;
- Las investigadas señalaron su domicilio principal en la misma dirección, aunque en oficinas diferentes;
- Los certificados digitales del contador y del revisor fiscal de cada una de las investigadas fueron expedidos en la misma fecha y con números de certificado consecutivos, y
- Las investigadas presentaron dentro de su propuesta constancia de la empresa VALORCON S.A., en la que se certificaba que dicha empresa tenía disponibilidad de tres vehículos coincidentes en las propuestas.

Adicionalmente, la Delegatura encontró que las investigadas han participado como proponentes plurales en procesos de selección anteriores abiertos por CORMAGDALENA, varios de los cuales les fueron adjudicados.

El Informe Motivado resumió los principales hechos relevantes de la Licitación, que son los siguientes:

El 13 de septiembre de 2010, CORMAGDALENA publicó el proyecto de pliego de condiciones y los estudios previos de la Licitación en el Portal Electrónico para la Contratación Pública (en adelante, "SECOP"), cuyo presupuesto oficial era de \$2.090.227.419 pesos.

CORMAGDALENA ordenó la apertura de la Licitación mediante Resolución No. 000295 del 14 de octubre de 2010, y publicó en el SECOP el pliego de condiciones definitivo el 25 de octubre de 2010.

El 11 de noviembre de 2010 CORMAGDALENA publicó el acta de cierre de la Licitación,

con la recepción de 7 propuestas

Respecto de la investigación realizada, la Delegatura concluyó lo siguiente:

- La responsabilidad de los agentes participantes en un proceso de selección pública no se limita a la consecución de los efectos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que la conducta también es sancionable por objeto, es decir, cuando existe un acuerdo que se deriva de simples actos concertados que no gozan de explicación jurídica o económica para la Delegatura.

- El Informe Motivado aclaró que esta Superintendencia es la autoridad competente para declarar, mediante acto administrativo, la configuración de una conducta restrictiva de la competencia. Adicionó que:

En estos términos, CORMAGDALENA no tiene la competencia para declarar, partiendo de la Guía sobre cómo combatir las colusiones en licitaciones, la responsabilidad administrativa de los proponentes en sus procesos de selección. Por lo anterior, cuando una Entidad detecta la concurrencia de una serie de alertas establecidas en la cartilla expedida por la SIC sobre la materia, deben remitir dicha información a esta Superintendencia para que luego de adelantar la respectiva investigación, con el lleno de los requisitos constitucionales y legales, pueda declararse la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia.

- El conjunto de todas las coincidencias documentales no puede atender a ocurrencias del azar, y se constituyen como indicios sólidos de la participación conjunta de las investigadas en la Licitación.

De este modo, atendiendo a las coincidencias halladas, y al sustento económico expuesto en el capítulo anterior, esta Delegatura encontró que el actuar de los proponentes investigados dentro del proceso de selección bajo examinación fue coordinado. Actuar que no contó, por parte de los investigados, de pruebas convincentes que les permitiera demostrar que tales igualdades se presentaron bajo la razonabilidad económica o jurídica de su contexto.

(...)

Así mismo, independientemente de la pretensión de uno de los investigados de restarle importancia a la expedición sucesiva e intercalada de las certificaciones digitales de contadores y revisores, no es aceptable dicho argumento de que por el hecho de no tratarse de personal de los investigados, este actuar coordinado deba ser omitido. Pues resulta importante resaltar que dichas certificaciones se expedieron para sustentar el trabajo que esa (sic) personas realizaron para cada uno de los investigados.

En conclusión, si bien la estrategia implementada por los proponentes no se pudo ver concretada por cuanto sus propuestas no fueron habilitadas dentro del proceso de selección y por ende, no generaron un efecto real en el mercado, dicha estrategia sí genera

un perjuicio a terceros, al ponerlos en una situación desventajosa en cuanto no gozan de igualdad de condiciones frente a los investigados, Es decir, que el objeto del acuerdo tuvo como consecuencia alterar los principios propios de la contratación estatal de transparencia, selección objetiva e igualdad de condiciones; cuya protección era esperada por los demás proponentes partícipes (sic) del proceso de selección.

4. Consideraciones de la Superintendencia sobre la existencia de colusión en licitaciones públicas.

Teniendo en cuenta que el análisis económico precedente no arroja como resultado una aparente colusión entre las investigadas, este Despacho no puede considerar la estructura de las propuestas económicas como un hecho indicador de la existencia de un acuerdo colusorio entre las investigadas. Todo lo contrario, el análisis económico apunta a desvirtuar la realización de dicho acuerdo.

Si en adición a ello se tiene en cuenta que, en opinión de este Despacho, las coincidencias documentales que se encontraron en las propuestas presentadas por las investigadas no son suficientes para concluir que las investigadas hayan celebrado un acuerdo colusorio, fuerza aseverar que no se tienen los elementos suficientes para sancionar a las investigadas por las conductas imputadas en la Resolución de Apertura.

No obstante las conclusiones a las que ha llegado este Despacho frente a la falta de elementos probatorios para determinar la existencia de colusión en las propuestas presentadas por las investigadas en la Licitación, es importante hacer algunas aclaraciones respecto de las observaciones al Informe Motivado presentadas por las investigadas.

En cada uno de los escritos de observaciones al Informe Motivado, las investigadas manifestaron que no podrían ser sancionadas por colusión por cuanto las coincidencias que se presentaron no tuvieron efectos en el proceso de selección ni en el mercado.

Concretamente, las investigadas manifestaron lo siguiente:

PROMOTORA EL CAMPIN:

"Es más, en el caso concreto la SIC encontró demostrado con las pruebas recaudadas que a pesar de las múltiples similitudes, aun, uniendo estas con el análisis matemático el proponente ganador hubiera sido el CONSORCIO HIDRÁULICO ALTOS DEL ROSARIO, circunstancia (sic) desvirtúa técnicamente un acuerdo colusorio, pues no habría alta probabilidad que quedara en cabeza de las compañías investigadas".

(...)

"Además, las similitudes halladas en la construcción de la oferta, expedición de las pólizas y obtención de certificaciones digitales no constituyeron un efecto sobre el proceso ni en un detrimento económico para el Estado. Esto es, no desencadenó ningún beneficio impropio

para ninguno de los participantes de estas conductas concertadas".

EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA:

"De lo anterior podemos decir que es claro y que no está probado en ninguna parte que existió impacto directo en el mercado, tampoco se incrementaron los precios de los bienes y servicios contratados, de la misma forma, y en esto somos vehementes, al afirmar que no se generaron desequilibrios al gasto público, tampoco se afectaron a los demás oferentes que participaron en la licitación, tanto así que, es el quejoso, Consorcio JIS el finalmente ganador de la licitación. Tampoco se excluyeron ni eliminaron competidores en el proceso, y mucho menos se puede decir que hubo un impacto en las finanzas públicas. Luego entonces, ¿cómo podemos afirmar que existió pacto colusorio? Cuando los resultados o consecuencias de este no se hayan visto ni probado sencillamente porque nunca nacieron a la realidad".⁶⁶

(...)

"Pues bien, según la Real Academia de la Lengua Española Colusión significa 'pacto ilícito en daño de tercero', de su significado natural se desprende un elemento esencial para la configuración de dicha conducta el cual no es otro que el Daño a Terceros, situación está (sic) que no se configura en nuestro caso concreto, ni si quiera (sic) se deja entrever alguna eventual intención de perjudicar a un tercero, demás licitantes ni mucho menos al estado Colombiano representado por Cormagdalena".

(...)

"Ahora bien, ahondando en el aspecto probatorio es claro como lo venimos afirmando que no existe a la vista daño alguno que se puede inferir, luego entonces para poder hablar de colusión es necesario que el ente investigador o la parte quejosa prueben la existencia de un daño antijurídico de carácter cierto, real, personal y directo a cualquiera de los participantes en la Licitación Pública, a los terceros interesados o en su defecto a CORMAGDALENA, siendo claro que no existe el daño que se debe acreditar, tan es así que el quejoso esto es CONSORCIO JIS no ha actuado dentro de la presente investigación, tan es así que no asistió a la audiencia de conciliación la cual fue programada dos veces teniendo en cuenta la inasistencia del quejoso.

Ahora bien, sobre las pruebas debemos precisar que ni en la Resolución N o 55463 ni en el expediente, e incluso en el informe motivado, reposa prueba alguna que nos lleve a la certeza del presunto acuerdo colusorio al que llegaron mi defendido y el otro investigado, por lo que mucho menos se encuentra acreditado el daño efectivamente causado por la presunta colusión, basado en ello afirmamos y está plenamente probado que no se materializó daño alguno".

Respecto de las anteriores manifestaciones de las investigadas, orientadas a fundamentar la ausencia de la conducta en el hecho de la ausencia de daño a terceros, este Despacho se permite reiterar, en consonancia con los argumentos que presentó la Delegatura en el Informe Motivado, que la responsabilidad de los agentes participantes en un proceso de selección contractual no se limita a la consecución de los efectos descritos en el numeral

9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Ello es así por cuanto dicho artículo contempla que la conducta colusoria es sancionable no solamente cuando produce efectos, sino también cuando se realiza con el objeto de coludir.

Tal como se mencionó anteriormente en el resumen de los hechos, en la oportunidad prevista en los pliegos de condiciones de la Licitación para que los participantes presentaran observaciones frente a las propuestas de terceros, el CONSORCIO OBRAS JIS presentó varias observaciones encaminadas a señalar una presunta colusión entre las investigadas.

El 9 de febrero de 2011, los miembros del Comité Asesor Evaluador de la Licitación remitieron la evaluación de las ofertas a la Coordinadora del Comité Asesor Evaluador, que incluyó la respuesta a las observaciones presentadas por los proponentes.

Respecto de las observaciones presentadas por el CONSORCIO OBRAS JIS, el Comité Asesor manifestó lo siguiente:

"Revisados los puntos 1, 3, 6 y 7 en efecto, constituyen una serie de indicios que nos llevan a determinar que podríamos encontrarnos ante posibles conductas indicativas de la presencia de un acuerdo colusorio entre PROMOTORA EL CAMPIN S.A. Y EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA, (formatos muy parecidos, compararon las pólizas en iguales circunstancias de modo, tiempo y lugar, además figura en la póliza el mismo número de teléfono para los dos participantes, la mayoría de los equipos tienen cartas de intención de alquiler de iguales proveedores) tal y como quedo (sic) establecido en la respuesta a cada una de las anteriores observaciones.

(...)

La Superintendencia de Industria y Comercio, en cumplimiento de sus funciones elabora las políticas de protección de la competencia, las cuales se encuentra regulada (sic) por las Leyes 155 de 1959 y 1340 de 2009 y los Decretos 2153 de 1992 y 3523 de 2009, modificada por el Decreto 1687 de 2010. Mediante la Ley 1340 de 2009, en consecuencia en aplicación de la ley dio las pautas para combatir la colusión dentro de los procesos licitatorios, las cuales (sic) se enmarca dentro de las disposiciones establecidas tanto en la Ley 80 de 1993, como en la Ley 1150 de 2007, que no sólo hacen referencia a los mecanismos de selección de contratistas y a las modalidades bajo las cuales se puede contratar con el Estado, sino que a su vez se erigen como contravenciones a otros regímenes jurídicos de naturaleza transversal, como es el caso del llamado Derecho de la competencia'.

(...)

Según la nueva revisión efectuada a las propuestas, y los hallazgos descritos, algunos identificados en la guía práctica para combatir la colusión en las Licitaciones Públicas, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad nacional de protección de la competencia numeral 3.4.1., señales de advertencia en la etapa de la presentación de ofertas en las licitaciones públicas, los proponentes PROMOTORA EL CAMPIN S.A. Y

EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA, efectuaron un acuerdo colusorio.

(...)

Por presentarse serios indicios de colusión dentro de las propuestas del señor EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA Y PROMOTORA EL CAMPIN S.A. deben ser rechazadas de conformidad con los (sic) previsto en el pliego de condiciones".

Así, CORMAGDALENA procedió a rechazar las propuestas de las investigadas en atención a lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y de acuerdo con la primera causal de rechazo de propuestas establecida en el pliego de condiciones de la Licitación. Adicionalmente, informó al CONSORCIO OBRAS JIS que compulsaría copias a la Fiscalía General de la Nación y a esta Superintendencia.

Posteriormente, el 18 de mayo de 2011, CORMAGDALENA envió una comunicación a esta Superintendencia, informándole sobre las presuntas irregularidades que se habrían presentado en el curso de la licitación LP-007 de 2010, en relación con las ofertas presentadas por las investigadas y las acciones que había tomado frente a dichas irregularidades.

Este Despacho resalta que el actuar de CORMAGDALENA fue acertado al advertir que las propuestas presentaban serias sospechas de colusión de acuerdo con lo dispuesto en los pliegos de condiciones de la licitación y en la Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones Públicas expedida por esta Superintendencia, dado que, en efecto, las observaciones del CONSORCIO OBRAS JIS y las evidencias documentales eran indicativos de una posible colusión. Asimismo, el actuar de CORMAGDALENA fue acertado al remitir a esta Superintendencia los hechos que indicaban una aparente colusión.

No obstante lo anterior, una vez abierta la investigación que nos ocupa y tras realizar la investigación y practicar las pruebas, este Despacho no encontró elementos probatorios ni económicos suficientes que le permitieran concluir que en efecto existió un acuerdo colusorio entre las investigadas con el objeto de afectar la competencia en la Licitación, más allá de las coincidencias o incluso de una eventual colaboración administrativa entre ellas que se logró probar, lo cual, se reitera, no es *per se* ilegal.

Respecto de la responsabilidad de LUIS ROBERTO FUENTES CASTILLA como persona natural investigada (representante legal de PROMOTORA EL CAMPIN)

Indicó el Despacho que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece la siguiente facultad al Superintendente de Industria y Comercio:

"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. (...)".

Corno lo ha sostenido esta Superintendencia en diferentes oportunidades, la responsabilidad personal a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 es subsidiaria a la responsabilidad de la empresa que representa. Así, teniendo en cuenta que este Despacho se abstendrá de sancionar a PROMOTORA EL CAMPIN por las conductas que se le imputaron en la Resolución de Apertura, tampoco habrá lugar a sancionar a LUIS ROBERTO FUENTES CASTILLA, como se refleja en la parte resolutive del presente acto administrativo.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que PROMOTORA EL CAMPIN S.A., identificada con N.I.T. 806.005.741-6, no incurrió en las conductas previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En consecuencia, ORDENAR la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 55463 del 7 de octubre de 2011, en contra de la sociedad PROMOTORA EL CAMPIN S.A., identificada con N.I.T. 806.005.741-6, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que LUIS ROBERTO FUENTES CASTILLA, (representante legal de PROMOTORA EL CAMPIN S.A.), identificado con C.C. 73.165.930, no incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010.

En consecuencia, ORDENAR la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 55463 del 7 de octubre de 2011, en contra de LUIS ROBERTO FUENTES CASTILLA (representante legal de PROMOTORA EL CAMPIN S.A.), por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA, identificado con C.C. 73.543.740, no incurrió en las conductas previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En consecuencia, ORDENAR la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 55463 del 7 de octubre de 2011, en contra de EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.”

6. Análisis y conclusiones

En este caso, la SIC determinó que:

Con fundamento en las pruebas que obran en el expediente y de acuerdo con el análisis precedente, este Despacho no tiene herramientas suficientes para concluir que la conducta de las investigadas y las coincidencias documentales encontradas en las propuestas hayan tenido el objeto de limitar la competencia o efectivamente la hayan limitado de manera directa o indirecta. En consecuencia, no es posible sancionar a las investigadas por este cargo imputado en la Resolución de Apertura.

No obstante las conclusiones a las que ha llegado este Despacho frente a la falta de elementos probatorios para determinar la existencia de colusión en las propuestas presentadas por las investigadas en la Licitación, es importante hacer algunas aclaraciones respecto de las observaciones al Informe Motivado presentadas por las investigadas.

En cada uno de los escritos de observaciones al Informe Motivado, las investigadas manifestaron que no podrían ser sancionadas por colusión por cuanto las coincidencias que se presentaron no tuvieron efectos en el proceso de selección ni en el mercado.

Proyectado por: Diego Guarín