

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 53914 DE  
2013 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y  
COMERCIO**

**Caso Idipron**  
*Colusión en licitaciones públicas*

**Investigados:**  
*HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ..*

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., junio de 2020**

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS .....	4
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA .....	4
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA. ....	8
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA .....	10
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC .....	11

# **RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 53914 DE 2013 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

## ***Caso Idipron***

### ***Colusión en licitaciones públicas***

#### **Investigados:**

***HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.***

## **1. Introducción**

Con los documentos recaudados en la Averiguación Preliminar, la Delegatura determinó que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ participaron conjuntamente, bajo la modalidad de consorcio, en un proceso de selección anterior (proceso de Subasta SAS-41-2010), adelantado por el IDIPRON, a partir del cual se celebró el Contrato No. 2466 de 2010. Posteriormente, los mismos agentes se presentaron de manera individual y como competidores al proceso SAS-8-2011.

Aunque el hecho de que ambos proponentes se presentaran previamente y de manera conjunta a procesos similares no implica, por sí mismo, una violación al régimen de competencia, sí constituyó, para la Delegatura, una señal de alerta en cuanto a un eventual acuerdo colusorio.

Tanto que encontró coincidencias entre los proponentes HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ durante el proceso SAS-8-2011:

a) Al inspeccionar los equipos de cómputo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en visita administrativa, se encontró un correo electrónico dirigido al señor GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES, quien ejercía como corredor de seguros de Aseguradora Solidaria, mediante el cual HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ solicita el trámite de las pólizas de seriedad para los proponentes ORLANDO RAMIREZ GÓMEZ y HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (supuestos competidores), con el requisito adicional de hacerse de forma independiente y sin números consecutivos.

Adicionalmente, en testimonio practicado a CESAR AUGUSTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, administrador del establecimiento de comercio DEPÓSITO SAN RAFAEL HERNÁNDEZ, éste confirmó el hecho de que el intermediario de seguros al cual le eran compradas las pólizas era el mismo al que recurría ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ al participar en procesos licitatorios.

b) Una vez analizadas las propuestas por parte de la Delegatura, se encontró que a pesar de no exigirse en los pliegos de condiciones requisito alguno relacionado con la presentación de las características técnicas de los vehículos a usar durante la ejecución del contrato, y del carné de manipulación de alimentos, las únicas propuestas que los contenían fueron las de los proponentes HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

## **2. Conductas imputadas**

Mediante la Resolución No. 20894 del 30 de marzo de 2012<sup>3</sup> (en adelante "Resolución de Apertura de Investigación"), modificada por la Resolución No. 23230 del 20 de abril de 2012<sup>4</sup>, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación para determinar si HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Que la actuación tuvo origen en la queja radicada ante esta Entidad el 18 de julio de 2011<sup>5</sup>, con el número 11-089514-0, mediante la cual JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ, en su calidad de Representante Legal de la empresa VENTAS INSTITUCIONALES S.A.S. (en adelante "VENTAS INSTITUCIONALES"), denunció la existencia de posibles irregularidades en el proceso de selección abreviada SAS-8-2011, adelantado por el INSTITUTO PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD IDIPRON (en adelante "IDIPRON").

## **3. Consideraciones de la Delegatura**

En primer lugar, la Delegatura señala que el mercado relevante en el que habría ocurrido la conducta objeto de investigación se circunscribe al proceso de selección abreviada Subasta Inversa Electrónica SAS 8 de 2011, adelantado por el IDIPRON, y cuyo objeto consistía en contratar el *"EL SUMINISTRO DE ABARROTÉS PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LA ENTIDAD"*.

Posteriormente, la Delegatura realiza algunas consideraciones generales en torno a los acuerdos restrictivos de la competencia en el sistema jurídico colombiano, y sobre la responsabilidad de los representantes legales que los ejecutan. Respecto a la colusión en procesos de selección públicos, señala que éstos se deben ceñir a los principios de la contratación estatal y a los procedimientos que garanticen la selección objetiva de los contratistas; quienes de manera pública deben presentar sus ofertas de manera independiente, objetiva y transparente, condiciones que no se dan en el caso en que los proponentes partícipes en un proceso de contratación pública desarrollen un acuerdo colusorio.

En línea con lo anterior, precisa que se considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos y/o que tenga como efecto: i) la distribución de adjudicaciones de contratos; ii) la distribución de concursos o; iii) la fijación de términos de las propuestas.

Posteriormente, la Delegatura presenta sus consideraciones para determinar si existió un acuerdo colusorio por parte de los investigados en el proceso de selección abreviada Subasta Inversa Electrónica SAS 8 de 2011, cursado por el IDIPRON. En primer lugar, señala que no obstante en el presente caso no se reprocha la existencia de relaciones de tipo social, comercial u otra entre los investigados, la socialización con regularidad entre los competidores o el hecho de que el licitador ganador repetidamente subcontrate trabajo con licitadores no ganadores, se considera un patrón de advertencia de la existencia de un acuerdo colusorio.

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura sostiene que encontró diversas relaciones entre los investigados, ya fuera como competidores en procesos de selección contractual con el Estado, o como integrantes de consorcios. En este sentido, señala que para el año 2010, los investigados presentaron una propuesta conjunta ante el IDIPRON, para un proceso de selección cuyo objeto fue similar al de la subasta inversa analizada en el Informe, y en la cual se presentaron como proponentes competidores independientes.

Posteriormente, la Delegatura hace un análisis de las actuaciones realizadas por los investigados con anterioridad al cierre del proceso, poniendo de presente una serie de coincidencias y cruces de información entre HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, todas en el marco del proceso de selección abreviada adelantado por IDIPRON - SAS-8-2011.

En particular, la Delegatura indica que tanto la póliza de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ como la de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, fueron solicitadas por éste último al mismo intermediario de seguros, GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES, haciendo la salvedad que las mismas no debían tener números consecutivos. Lo anterior consta en el correo electrónico enviado por HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ a GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES, obtenido en visita administrativa practicada a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en su local en Corabastos.

Seguidamente, la Delegatura señala que en el computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ se encontró un archivo con el nombre de "*Costos Idipron 08 2011*" en tanto que en el computador de ORLANDO RAMIREZ GÓMEZ se encontró un archivo identificado como "*Costos%20Idipron%2008%202Q11(1)*". Ambos archivos presentan coincidencias y comparten elementos sobresalientes como formatos, colores, encabezados, pies de página y, a primera vista, valores iguales.

Las características comunes observadas por la Delegatura fueron las coincidencias en la mayoría de las hojas de cálculo de los archivos, en los encabezados de las hojas de cálculo, en la información contenida al final de las hojas de cálculo y los valores incluidos en las

mismas; en especial en las hojas de cálculo denominadas "Costos Oficiales", "Costos con Protección", "Oferta con Protección", "Ofertas con Básicos", "Oferta Unitarios Oficiales", "Oferta Cantidad Total Oficial", "ANÁLISIS 1" y "ANÁLISIS 2".

Al respecto, la Delegatura indica que las coincidencias en el valor de los costos no tenían justificación en tanto que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ tenía menores costos a los de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, derivados de sus relaciones directas con productores y su tamaño comercial, situación que no se presenta en los documentos mencionados, donde se evidencia que en más de 60 ítems comparten identidad de costos. Por lo anterior, la Delegatura consideró irracional que ambos investigados compartieran una estructura de costos casi idéntica teniendo en cuenta sus tamaños, capacidades y posiciones de mercado relativas.

En adición a lo anterior, la Delegatura señala que la hoja de cálculo llamada "Modelo Ofertas Subasta", encontrada en el archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, evidencia que ésta sería la guía para realizar los lances durante el procedimiento de subasta inversa electrónica del proceso de selección abreviada SAS-8-2011.

La Delegatura concluye su análisis de las hojas de cálculo encontradas manifestando que la exactitud de las coincidencias entre la gran mayoría de los elementos de los archivos no tienen justificación alguna bajo el supuesto de elaboración individual e independiente de las propuestas respectivas.

A continuación, la Delegatura pone de presente coincidencias adicionales en los documentos presentados por los investigados a la entidad contratante, -entre ellos las propuestas-, donde encontró que ambos investigados anexaron documentos relacionados con los vehículos para transportar los alimentos sin que esto fuera una exigencia que debiera estar incluida en las propuestas. Asimismo, señaló que de acuerdo con los documentos encontrados en las Visitas administrativas, se determinó que los investigados conocían de antemano las observaciones al informe de evaluación que presentaría su competidor.

Con base en las pruebas señaladas, la Delegatura observa que las coincidencias halladas en las propuestas de los investigados son injustificables y no son posibles entre competidores dentro de un mismo proceso de selección pública, como tampoco lo son los archivos, formatos y referencias compartidas por los investigados.

En cuanto a su análisis económico, Delegatura elaboró un modelo para describir los incentivos que tenían los investigados para ejecutar un acuerdo anticompetitivo. En dicho modelo, se asumió que los licitantes presentan un valor de reserva por debajo del cual no están dispuestos a ofertar un precio. La utilidad del licitante adjudicatario será la diferencia entre el precio ganador de la subasta y su valor de reserva y la del resto de licitantes será nula. En el modelo de la Delegatura se tiene en cuenta el diseño de la subasta inversa por el cual los licitantes, luego de cada lance, sólo saben cuál es su orden de escogencia en ese turno. Por último, se asume también que los licitantes en el proceso

son 4, pues se tuvo visibilidad de este hecho en los trámites previos a la subasta electrónica.

De acuerdo a lo anterior, la Delegatura señala que es fácil deducir que un licitante determinado buscará que su propuesta acabe siendo la mayor posible dentro del rango comprendido entre su propio valor de reserva y el valor del segundo lance más bajo antes de finalizar la subasta. Esto significa que, si su valor de reserva resultara no ser el menor de todos los licitantes, no ganaría la subasta. En efecto, en tal eventualidad, si dicho licitante quisiera ganar el contrato, debería proponer un precio inferior a su valor de reserva, ocasionándole pérdidas (que son peores que no ganar el contrato, lo que genera una utilidad nula).

Con base en estas consideraciones, la Delegatura procede a simular un escenario de subasta con cuatro licitantes, dado que en el proceso investigado se presentaron cuatro interesados. En un entorno competitivo, es decir, en un entorno donde cada licitante opera independientemente, los mismos sólo son capaces de observar al final de un turno en qué posición relativa queda su propuesta con respecto al resto, es decir, si su propuesta es la más baja, la más alta o queda en un punto intermedio. Por ejemplo, si tras un lance un licitante observa que su propuesta resultó ser la segunda en orden de elegibilidad, éste deducirá que hay una propuesta que ha sido menor que la suya y que hay otras dos que quedarán comprendidas entre su propuesta y el presupuesto oficial de la licitación.

En cambio, cuando dos de los licitantes coluden, la cantidad de información que reciben tras un turno es mucho mayor. Por ejemplo, si al final de un lance los coludidos observan que sus propuestas quedaron en primera y tercera posición de escogencia, éstos ya saben en qué rango se encuentran las propuestas de los otros dos jugadores: habrá uno de los no coludidos cuyo precio se encontrará entre ambas propuestas coludidas y la otra propuesta no coludida estará comprendida entre la propuesta coludida más alta y el presupuesto oficial. Además, los coludidos pueden utilizar información recabada en licitaciones pasadas para estimar cuál de los no coludidos está presentando cada oferta.

Esta cantidad de información recibida tras cada lance permite a los coludidos poder hacer propuestas más certeras para que el coludido asignado como ganador (seguramente, aquél de los dos que presente un valor de reserva más bajo) logre proponer el precio más alto dentro del rango de precios que dan la victoria ya descritos anteriormente.

La Delegatura finaliza su análisis económico señalando que los archivos de Excel obtenidos de los computadores de los investigados confirman el marco teórico expuesto. Así, de haberse celebrado finalmente la subasta, ambos investigados tenían establecida la senda de propuestas a presentar en cada lance. Igualmente, de las mismas se observa que siempre en cada lance las propuestas programadas de los investigados presentan cierto margen, confirmando así también el marco teórico anterior.

Por último, la Delegatura plantea las siguientes conclusiones generales del Informe Motivado:

"(.)

a) Encuentra la Delegatura que las relaciones entre los dos investigados van más allá de las relaciones familiares preexistentes entre estos y del simple conocimiento y trato anterior concomitantes al proceso objeto de escrutinio.

Dichas relaciones tal y como se observa de los archivos extraídos en las visitas practicadas a los investigados, no corresponden a aquellas propias de unos simples partícipes competidores en un proceso de selección contractual, pues como se evidenció a lo largo de este informe, además de la colaboración para presentar las propuestas manifestada en las acciones emprendidas para solicitar las garantías de seriedad de la oferta, y la certificación de los vehículos acreditados, también se elaboraron de manera conjunta y coordinada las ofertas económicas presentadas y una estrategia para los lances a realizar en el curso de la subasta.

b) No obstante aseverar los investigados que las coincidencias encontradas en las propuestas presentadas ante el IDIPRON, son resultado de una colaboración desinteresada entre competidores y partícipes en un mismo mercado, no pueden estas considerarse como tal, más aún cuando es claro que la presentación de los proponentes en un proceso de selección implica un proceso de competencia cuyo fin es eliminar al proponente rival y lograr la adjudicación.

Por lo anterior y a partir del análisis esbozado de la conducta de los investigados en las diferentes etapas del proceso contractual Subasta Inversa SAS-08-2011 adelantada por IDIPRON, se evidencia que desde la apertura del referido proceso de selección y durante cada una de las etapas que preceden a esta, existió un actuar mancomunado por parte de los investigados, los señores HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, el cual refleja una colaboración no competitiva, orientada a fraguar un acuerdo colusorio.

En conclusión, si bien la estrategia implementada por los proponentes no se pudo ver concretada por cuanto una de sus propuestas no fue habilitada, la del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, dentro del proceso de selección y por ende, no generó 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 rigentes de la contratación estatal de transparencia, selección objetiva e igualdad de condiciones; cuya protección era esperada por los demás proponentes partícipes del proceso de selección".

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

En primer lugar, vale resaltar que, como se mencionó anteriormente, en este tipo de conductas no es usual que la autoridad de competencia encuentre evidencias directas que muestren la intención y móvil de los agentes colusores. Por lo anterior, el sustento



probatorio debe construirse a través de diferentes indicios que lleven a concluir de forma suficiente la realización de la conducta.

De acuerdo con lo anterior, para el presente caso se analizó en conjunto el numeroso acervo de pruebas e indicios señalados en los acápite anteriores, así como las afirmaciones que los investigados presentaron en las observaciones al Informe Motivado, a partir de lo cual, utilizando las reglas de la experiencia, se logró determinar que los investigados actuaron en contra de las normas de protección de la competencia.

Bajo este contexto, concluye este Despacho que los archivos con información del proceso objeto de estudio que se encontraron en los computadores de los investigados, junto con las coincidencias entre sus propuestas y sus estrechas relaciones personales y comerciales, evidencian la conducta colusiva de los señores HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ para participar en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 de manera fraudulenta, pues aun cuando formalmente se presentaron al proceso como competidores autónomos e independientes, su finalidad era falsear la competencia y aumentar las probabilidades de adjudicación del mismo.

Así las cosas, el Despacho encontró que en el caso bajo estudio, la conducta anticompetitiva al interior del Proceso de Subasta SAS-8-2011 se configuró de la siguiente manera, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente.

- Se demostró que las estrechas relaciones entre los dos investigados van más allá de las relaciones familiares preexistentes entre estos y del simple conocimiento y trato anterior concomitantes al Proceso de Subasta SAS-8- 2011. Dichas relaciones, analizadas en conjunto con las pruebas obrantes en el expediente, tales como los archivos extraídos en las visitas practicadas a los investigados y las coincidencias entre las propuestas, no corresponden a aquellas propias de competidores en un proceso de selección contractual.

- Además de la colaboración para presentar las propuestas manifestada en la solicitud conjunta de las pólizas de garantía de seriedad de la oferta, se demostró la intención de mantener cualquier indicio de la colusión oculto y fuera del alcance de sospechas, comoquiera que la solicitud fue realizada haciendo especial énfasis en que las pólizas no fueran consecutivas.

- Se demostró que únicamente los investigados acreditaron requisitos que no eran necesarios para el Proceso de Subasta SAS-8-2011 y que los demás competidores no acreditaron, como es el caso de los vehículos para transporte de alimentos y carnets para el personal que los manipula. Asimismo, la acreditación se realizó sobre los mismos vehículos y, de hecho, se demostró que el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y su cónyuge certificaron la disposición de los vehículos a favor del señor ORLANDO RAMIREZ GÓMEZ.

- Se demostró con los archivos de Excel encontrados en los computadores de los investigados, que elaboraron de manera conjunta y coordinada las ofertas económicas presentadas al Proceso de Subasta SAS-8-2011. De hecho, se encontró que los referidos

archivos incluían las estrategias para los lances a realizar en el curso de la subasta.

- Se encontraron coincidencias injustificables en varios documentos que estaban en los computadores de cada uno de los investigados. Asimismo, se encontró en el computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ el documento en formato Word correspondiente a las observaciones al proceso de evaluación presentadas por el ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, las cuales estuvieron disponibles al público en general únicamente en formato PDF.

- De conformidad con lo expuesto por la Delegatura, este Despacho considera que los medios de prueba obrantes en el expediente evidencian que desde la apertura del Proceso de Subasta SAS-8-2011 y durante cada una de las etapas que le siguieron, existió una conspiración fraudulenta y anticompetitiva por parte de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ para lograr la adjudicación del referido proceso de selección. La conducta se vio reflejada en una colaboración orientada a fraguar un acuerdo colusorio ilegal dentro de un mismo proceso de selección pública entre competidores.

## 5. Decisión de la Superintendencia

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

**“ARTÍCULO PRIMERO:** DECLARAR que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, identificado con la C.C. No. 19.486.735, infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(...)

**ARTÍCULO SEGUNDO:** DECLARAR que ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, identificado con la C.C. No. 79.497.344, infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(...)

**ARTÍCULO TERCERO:** ORDENAR a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ informan que:*

*Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ por haber 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, por haber coludido en el Proceso de Subasta SAS-8-201 1, cuyo objeto era "SUMINISTRO DE ABARROTÉS PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LA ENTIDAD".*

*Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012."*

*La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.*

*(...)"*

## **6. Análisis y conclusiones**

En este caso, la SIC determinó que debe velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política y demás normas concordantes. Tal disposición señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica, y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

En este sentido, esta Entidad debe velar por el interés general, fomentando la transparencia y la competencia en los procesos de contratación celebrados por el Estado, en razón de los bienes y servicios que éste demanda para el cumplimiento de sus funciones.

Es así como una adecuada ejecución de las políticas estatales a través de la contratación pública hace necesario que los procesos de selección que adelante la administración se encuentren en línea con los fines y principios estatales, permitiendo el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y propendiendo por una adecuada y eficiente asignación de los recursos públicos. Lo anterior no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos de contratación, sino también la libre competencia en el mercado nacional y la eficiencia económica.

Conforme a la Resolución de Apertura de Investigación y el Informe Motivado proferidos en el presente caso, los investigados fueron acusados de restringir la libre competencia al infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. La primera de estas normas se refiere, para el caso que nos ocupa, a la prohibición general en materia de competencia, que proscribía la realización de toda clase de prácticas *tendientes* a limitar la libre competencia, entre las que se encuentra cualquier tipo de conducta dirigida a –o que tenga por objeto– distorsionar la competencia en el marco de un proceso de contratación pública.

Por su parte, la práctica restrictiva a la que se hace alusión en el numeral 9 del artículo 47

del Decreto 2153 de 1992 se configura cuando dos o más sujetos llegan a un acuerdo que tiene por objeto la colusión en licitaciones públicas, independientemente de cuál sea el resultado de dicho acuerdo. En este orden de ideas, la ley castiga la realización de convenios encaminados a afectar la competencia en un proceso de selección contractual pública, independientemente de que dicho convenio sea efectivo para los propósitos para los cuales fue diseñado.

Téngase en cuenta que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define un "acuerdo" como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. En esta medida, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada.

En igual sentido, la colusión ha sido definida como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 26 de enero de 1995, precisó 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"*<sup>14</sup>.

De acuerdo con lo anterior, existe una conducta reprochable en aquellos casos en que dos o más agentes competidores en el mercado, dentro de un escenario licitatorio, realizan un acuerdo con el fin de modificar de manera artificial los resultados de dicho proceso, defraudando así no sólo los intereses públicos sino a los demás competidores. Se trata de una conducta reconocida a nivel internacional como *bid rigging o collusive tendering*, y considerada como una de las infracciones de mayor impacto debido a que no sólo afecta la libre competencia, sino también los bienes públicos.

La colusión en los procesos de selección públicos produce diversos efectos negativos para varios agentes, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al cercenarles la posibilidad de competir y participar en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad; y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

De la lectura del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se tiene que el ordenamiento colombiano condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas. Cabe reiterar que cualquier forma de acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales o jurídicas) que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no sólo las normas de competencia, sino también las

normas que regulan la contratación estatal.

Ahora bien, en lo que respecta a los mecanismos mediante los cuales se puede orquestar cualquiera de las conductas anticompetitivas arriba descritas, se han identificado entre otros, los siguientes: (i) intercambios de información sensible sobre las propuestas que cada cual presentará en la subasta; (ii) presentación de múltiples propuestas por empresas del mismo grupo que aparentan independencia; (iii) no presentación de propuestas por uno o más de los postulantes; (iv) retiro de las propuestas ya presentadas; (v) presentación de propuestas manifiestamente destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (vi) repartición y/o rotación de contratos en licitaciones repetidas en el tiempo y (vii) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la licitación pública puede tomar la posición de licitante en una segunda licitación efectuada sólo entre los miembros del acuerdo<sup>17</sup>. En este segundo proceso, a diferencia del primero, las empresas anteriormente coludidas presentan ahora propuestas competitivas.

Los acuerdos para manipular licitaciones son, por regla general, difíciles de detectar, pues normalmente se realizan de forma secreta. Por lo tanto, en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregularidades en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta.

En esta medida, el documento "*Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*", de la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO – OCDE<sup>18</sup> identifica ciertas señales de advertencia que, de presentarse durante las diferentes etapas del proceso de selección, sirven para detectar una conducta colusiva en un proceso de contratación pública.

Así bien, la OCDE señala que existen ciertos patrones y prácticas de licitación que parecen no corresponder a las que normalmente ocurren en un mercado competitivo, y cuya ocurrencia apunta hacia la posibilidad de que exista manipulación en la licitación pública. En este orden de ideas, la ocurrencia de alguno o varios de los siguientes hechos constituye una advertencia que le puede indicar a la autoridad sobre la presunta manipulación de un proceso de contratación:

- Un mismo proveedor es a menudo quien presenta la oferta más baja en el proceso de contratación.
- Las ofertas ganadoras tienen una asignación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas.
- Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en

otros concursos.

- Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.
- Algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan.
- Parece que las compañías se turnan para ser el licitador ganador.
- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ellas podría haber licitado independientemente.
- El licitador ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitadores que no ganaron.
- El licitador ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.
- Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

La OCDE también identifica las señales de advertencia que se pueden encontrar en los documentos que presentan los oferentes durante el proceso de selección, las cuales igualmente se configuran como indicios de la conducta en caso de verificarse. En este sentido, indica que estas señales se dan por descuido o culpa por parte de los colusores y que de ellas se derivan indicios que pueden llevar a descubrir la conspiración. Las señales que se deben identificar son las siguientes:

- La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.
- Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.
- Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitador.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.
- Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares.
- Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas,

- Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitadores aumentan en incrementos regulares.

En cuanto al establecimiento de los precios, la OCDE señala que es importante buscar patrones que apunten a compañías que podrían estar coordinando sus esfuerzos, como en el caso de aumentos de precios que no tienen explicación en aumentos de costos. Cuando las ofertas perdedoras son mucho más altas o bajas que la ganadora, los conspiradores podrían estar utilizando un esquema de licitación de respaldo. Los precios que superan la estimación de costos o las ofertas previas para concursos similares también podrían ser indicio de colusión. Los siguientes elementos pueden ser motivo de sospecha:

- Aumentos repentinos e idénticos en intervalos de precios por parte de licitadores, que no pueden explicarse mediante incrementos en costos.

- Expectativas de descuentos o reembolsos que desaparecen inesperadamente.

- Los precios idénticos pueden plantear inquietudes, en especial cuando se cumple una de las siguientes condiciones:

- Los precios de los proveedores fueron los mismos durante largo tiempo;

- Los precios de los proveedores eran previamente distintos unos de otros;

- Los proveedores aumentaron el precio sin que sea justificable por aumentos de costos;

- Los proveedores eliminaron descuentos, especialmente en un mercado donde usualmente se ofrecían.

- Se observa una gran diferencia entre el precio de una oferta ganadora y otras ofertas.

- La oferta de cierto proveedor es mucho más alta para un contrato específico que la del mismo proveedor para un contrato similar.

- Se observan reducciones significativas con respecto a los niveles anteriores de precios, después de que un proveedor nuevo o que participa con poca frecuencia presenta una oferta; es decir, el nuevo proveedor podría haber entorpecido el funcionamiento de un cartel existente de manipulación de licitaciones.

- Los proveedores locales están ofreciendo precios más altos para las entregas locales que para las entregas a destinos más alejados.

- Las compañías locales y las no locales especifican costos de transporte similares.

- Sólo un licitador establece contacto con los mayoristas para obtener información sobre

precios antes de presentar un concurso.

- Características inesperadas en licitaciones públicas en una subasta por medios electrónicos o de otro tipo -como ofertas que contienen cifras poco usuales en renglones en los que se esperarían cifras redondeadas a centenas o miles-, podrían ser indicio de que los licitadores están utilizando los concursos como vehículo de colusión al comunicarse información o destacar preferencia

Proyectado por: Diego Guarín