



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Contratación Pública y su Gestión

Las Funciones Sancionatorias de la SIC en Materia de Libre Competencia en el Caso CAR del  
Canal del Dique - Procesos de 2016 a 2017

Presentado por:

Einy Yolanda Acosta Salazar, Silvia Jeanneth Navarrete Forero

Bogotá, D.C., 26 de octubre de 2023



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Contratación Pública y su Gestión

Las Funciones Sancionatorias de la SIC en Materia de Libre Competencia en el Caso CAR del  
Canal del Dique - Procesos de 2016 a 2017

Modalidad: Estudio de caso

Presentado por:

Einy Yolanda Acosta Salazar, Silvia Jeanneth Navarrete Forero

Bajo la dirección de:

Julián David Parra Benítez

Bogotá, D.C., 26 de octubre de 2023

## Contenido

<b>Agradecimientos.....</b>	<b>4</b>
<b>Dedicatoria.....</b>	<b>4</b>
<b>Declaración de Originalidad y Autonomía .....</b>	<b>6</b>
<b>Declaración de Exoneración de Responsabilidad .....</b>	<b>7</b>
<b>Resumen Ejecutivo.....</b>	<b>11</b>
<b>Abstract.....</b>	<b>13</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>14</b>
<b>Objetivos .....</b>	<b>16</b>
Objetivo General.....	16
Objetivos Específicos.....	16
<b>Descripción de la Situación (Contexto del Caso) .....</b>	<b>17</b>
<b>Descripción de la Situación en el Estudio de Caso.....</b>	<b>24</b>
<b>Descripción de las Alternativas y Acciones en el Análisis del Estudio de Caso .....</b>	<b>30</b>
<b>Plan y Recomendaciones de Aplicación e Implementación.....</b>	<b>40</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>43</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>46</b>

## Agradecimientos

En principio, quiero darle gracias a Dios, por ser el fundamento y pilar de mi vida; por su buena mano, gracia, acompañamiento y dirección en estos casi dos años y medio de haber iniciado esta maestría. A mi familia, en especial a mi mamá, por sus palabras de ánimo, apoyo e inmerecida admiración. A mis hermanos, en especial a 'Uri', por ser nuestro ejemplo académico en la familia y enseñarnos la importancia de la formación y educación continua. A los excelentes docentes que acompañaron este programa, en especial a la Dra. María Teresa, por su pasión, rigurosidad y amor al compartir su conocimiento a los que trabajamos en este apasionante sector. A mis compañeros de clase, quienes son grandes profesionales, pero sobre todo, y lo más importante, lindos seres humanos. A Silvia, por su paciencia, ánimo y dedicación para unir esfuerzos y lograr nuestro trabajo final.

*Einy Acosta*

Mi agradecimiento principal a Dios, por la vida y la constancia para cumplir con este proyecto. Mi gratitud indiscutible a: Juan Carlos, mi esposo, y Juan Lorenzo, mi hijo, por su amor incondicional, apoyo irrestricto y comprensión. A Gladys y Humberto, mis suegros, infinitas gracias por su ayuda, apoyo y motivación para continuar. A Carmen S. y 'Pochito', mis padres, por darme ánimo, orar por mí e incentivar mi templanza. A 'Nelcita', mi tía, por estar siempre a mi lado. Al Dr. Villegas, mi jefe, por su paciencia, comprensión y apoyo durante la maestría. A los profesores, que me inspiraron para amar aún más lo que hago. A mis compañeros de maestría, que hoy son mis amigos, con los que viajé, estudié, aprendí, y especialmente a Einy, con quién compartí largas jornadas de trabajo y noches enteras de leer y escribir este documento. Gracias infinitas a la Universidad del Rosario, mi universidad.

*Silvia Navarrete*

## Dedicatoria

Al autor de cada uno de mis logros: Dios, “porque de Él, y por Él, y para Él son todas las cosas; a Él sea la gloria (...)”. A Mauricio R. y al Dr. Miranda, por su disposición, guía y generosidad con su tiempo y conocimiento. A la Universidad del Rosario, por permitirme ser parte de la primera promoción de este gran programa.

*Einy Acosta*

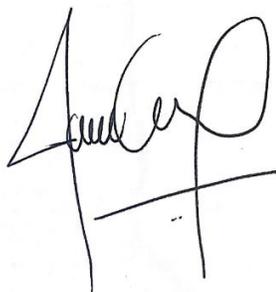
Dedico este trabajo a Dios; a Juan Carlos, mi esposo; a Juan Lorenzo, mi hijo; a Gladys, mi suegra; a María Teresa Palacio, Alfonso Miranda y a Juan David Duque, mis maestros.

*Silvia Navarrete*

### **Declaración de Originalidad y Autonomía**

Declaramos bajo la gravedad del juramento, que hemos escrito el presente proyecto de trabajo de grado en la modalidad de estudio de caso, en la propuesta de solución a una problemática en el campo de conocimientos del programa de maestría por nuestra propia cuenta y que, por lo tanto, su contenido es original.

Declaramos que hemos indicado clara y precisamente todas las fuentes directas e indirectas de información y que este trabajo de grado no ha sido entregado a ninguna otra institución con fines de calificación o publicación.



Einy Yolanda Acosta Salazar



Silvia Jeanneth Navarrete Forero

Firmado en Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2023

### **Declaración de Exoneración de Responsabilidad**

Declaramos que la responsabilidad intelectual del presente trabajo es exclusivamente de sus autoras. La Universidad del Rosario no se hace responsable de contenidos, opiniones o ideologías expresadas total o parcialmente en él.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Einy Yolanda Acosta Salazar', written over a faint rectangular stamp.

Einy Yolanda Acosta Salazar

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Silvia Jeanneth Navarrete Forero', written over a faint rectangular stamp.

Silvia Jeanneth Navarrete Forero

Firmado en Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2023

## Lista de Figuras

<b>Figura 1.</b> Panorámicas Canal del Dique.....	18
<b>Figura 2.</b> Facultades de la SIC .....	25
<b>Figura 3.</b> Marco Normativo Régimen de Protección de la Libre Competencia en Colombia.....	26
<b>Figura 4.</b> Matriz FODA .....	28
<b>Figura 5.</b> Manifestación de interés y subcarruseles .....	33
<b>Figura 6.</b> Comparativo proceso sancionatorio - línea de tiempo .....	38

## Lista de Tablas

<b>Tabla 1.</b> Paralelo entre los patrones presentados por la OCDE y la Superintendencia y los comportamientos de los investigados .....	31
---	----

### **Siglas, Acrónimos y Abreviaturas**

<b>SIC</b>	Superintendencia de Industria y Comercio
<b>CARDIQUE</b>	Corporación Autónoma Regional del Dique
<b>CGR</b>	Contraloría General de República
<b>FGN</b>	Fiscalía General de la Nación
<b>PGN</b>	Procuraduría General de la Nación
<b>La Delegatura</b>	Delegatura para la Protección de Competencia
<b>Los Investigados</b>	Personas Jurídicas y Naturales investigadas en el proceso

## Resumen Ejecutivo

<b>Nombre del trabajo de grado</b>	Las actividades de la SIC en materia de libre competencia en el caso CAR del Canal del Dique que se produjeron entre 2016 y 2017.
<b>Reto</b>	Analizar la eficiencia de las facultades ejercidas por la SIC, en materia de libre competencia dentro de la contratación pública. Para tal efecto, resulta relevante el caso CARDIQUE.
<b>Información básica del proyecto</b>	Las actuaciones de la SIC en los procesos de Selección Abreviada de Menor Cuantía de los años 2016 y 2017 en 21 entidades territoriales de Bolívar, realizados por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, fueron suficientes y efectivas para garantizar la libre competencia.

El propósito de este trabajo es hacer un análisis respecto de la eficiencia, es decir, la suficiencia y la oportunidad de las funciones y las facultades desplegadas por la SIC para garantizar el ejercicio de la libre competencia en el marco de los procesos de contratación pública. Para tal efecto, resulta relevante y consecuente con el reto a desarrollar en la aplicación del análisis del caso CARDIQUE. El análisis tiene como alcance los procesos que convocó CARDIQUE, en modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía —SAMC— de los años 2016 y 2017, que tenían por objeto “La limpia, relimpia y mantenimiento de canales, arroyos y otras cuencas hidrográficas, así como el mantenimiento y reforzamiento de los jarillones en 21 entidades territoriales del departamento de Bolívar”, actuando ante una práctica comercial restrictiva de la competencia. El propósito del análisis tiene dos intenciones: primero, revisar las acciones realizadas por la SIC y aquellas que hubiera podido desarrollar para tener una reacción más eficiente en relación con los infractores que propiciaron y desarrollaron acciones de colusión; segundo, proponer recomendaciones que pueda implementar la SIC para garantizar de mejor manera el ejercicio de la libre competencia en materia de compras públicas.

*Palabras clave:* multas, colusión, actores de mercado, autoridad de competencia, prácticas restrictivas



### Abstract

<b>Name of PAE</b>	The activities of the SIC in matters of free competition in the CAR case of the Dike Channel processes from 2016 to 2017.
<b>General information of PAE</b>	This section must answer the following: General context of case study or business problem, brief description of case study or business problem, technical analysis and the main results and implications.

The purpose of this paper is to analyze the sufficiency and effectiveness of the current functions and powers of the Delegation for the Protection of Competition of the SIC, to guarantee the exercise of free competition within the framework of public procurement processes. For the specific case, the analysis will be carried out on the processes carried out by the Regional Autonomous Corporation of the Canal del Dique, of Abbreviated Selection of Small Amount of the years 2016 and 2017, which were aimed at "The cleaning, cleaning and maintenance of channels, streams and other hydrographic basins, as well as the maintenance and reinforcement of the jarillones in 21 territorial entities of the department of Bolívar", acting in the face of a commercial practice restricting competition. The purpose of this analysis is to propose the actions that the SIC could develop, to have an adequate and effective reaction in relation to the infringing proponents that promote and develop actions of commercial practice restrictive of competition. And also propose recommendations and improvements, which can be implemented by the SIC to guarantee the exercise of free competition in public procurement.

*Keywords:* fines, collusion, market players, competition authority, restrictive practices

## Introducción

El contexto de la situación se desarrolla en los procesos de Selección Abreviada de Menor Cuantía (en adelante, SAMC) celebrados por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (en adelante, y para efectos del presente documento, CARDIQUE) en los años 2016 - 2017, cuyo objeto contractual correspondió a *“la limpia, relimpia y mantenimiento de canales, arroyos, reservorios y otras cuencas hidrográficas del departamento de Bolívar”*.

En el marco de estos procesos, se evidenció la existencia de conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia económica, producto de una fase precontractual que adoleció de la debida planeación y vulneró el principio de selección objetiva, ocasionando (ente otros) la malversación de los recursos públicos administrados por CARDIQUE.

Los procesos de selección fueron adjudicados de forma deliberada y predeterminada, producto de lo cual la Delegatura de la Superintendencia de Industria y Comercio —SIC— abrió investigación y pliego de cargos a las personas naturales y jurídicas descritas en la Resolución 64389 del 19 de septiembre de 2022 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022), llevando a cabo el debido proceso sancionatorio en su contra por las presuntas infracciones del régimen de protección de la competencia.

En el curso de la investigación, se encontró que los investigados conformaron 53 grupos, por medio de los cuales lograron repartirse 259 contratos a través de un comportamiento de carácter continuado.

Culminada la investigación por parte de la SIC, se obtuvo la sanción de los infractores (personas jurídicas, naturales y funcionarios de CARDIQUE), respecto los cuales se logró acreditar y comprobar la participación en prácticas restrictivas de la competencia.

Dicho lo anterior, la problemática objeto de estudio consiste en determinar si las facultades preventivas y administrativas sancionatorias actuales de la SIC fueron efectivas en cuanto a la suficiencia y oportunidad para garantizar el ejercicio de la libre competencia, aplicadas al caso concreto de los procesos de SAMC, adelantados por CARDIQUE en los años 2016 y 2017.

En relación con lo anterior, este proyecto es importante porque está relacionado con la garantía y el amparo de un derecho de rango constitucional, como lo es el de la libre competencia, a través del ejercicio efectivo de las facultades de la SIC, dentro del marco de las compras públicas.

Ahora bien, respecto a la herramienta de estudio, el análisis FODA será la metodología que se usará para la identificación de las fortalezas, debilidades, amenazas y oportunidades de la SIC, en el caso CARDIQUE.

A continuación, se relacionan los objetivos del proyecto.

## **Objetivos**

### **Objetivo General**

Revisar y analizar si las facultades de la SIC (Administrativas, Sancionatorias y Preventivas) fueron eficientes —es decir, suficientes— y oportunas para garantizar el ejercicio de la libre competencia en el marco de los procesos de contratación pública de SAMC realizados en los años 2016 y 2017 por la CARDIQUE, que tenían por objeto “la limpia, relimpia y mantenimiento de canales, arroyos y otras cuencas hidrográficas, así como el mantenimiento y reforzamiento de los jarillones en 21 entidades territoriales del departamento de Bolívar”.

### **Objetivos Específicos**

Realizar un estudio de las facultades ejercidas por la SIC, en el caso CARDIQUE que permitan identificar las dificultades presentadas para la salvaguarda efectiva y oportuna del derecho constitucional de la libre competencia y así establecer recomendaciones para la SIC.

### **Descripción de la Situación (Contexto del Caso)**

El análisis de este caso parte de la revisión realizada por la SIC respecto de los diferentes procesos de SAMC desarrollados por CARDIQUE entre los años 2016 a 2017, que tenían por objeto “la limpia, relimpia y mantenimiento de los canales, arroyos y otras cuencas hidrográficas, así como el mantenimiento y reforzamiento de los jarillones en las 21 entidades territoriales de su jurisdicción”. Las intervenciones tenían como objeto evitar futuras inundaciones en la temporada de invierno.

Cabe precisar que CARDIQUE es una corporación autónoma regional de carácter público, integrada por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, creada por la Ley 99 de 1993, que cuenta con autonomía financiera y administrativa, con patrimonio propio, con personalidad jurídica y cuya jurisdicción está conformada por 21 entidades territoriales del Departamento de Bolívar (CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE, 2023). A su vez, CARDIQUE está encargada —por ministerio de la ley— de administrar dentro del área de su jurisdicción el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

CARDIQUE, en cuanto a su régimen de contratación, debe cumplir los principios de la función pública, las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública y las demás normas que regulan y reglamentan la contratación pública, así como los lineamientos dispuestos por Colombia Compra Eficiente.

En el marco de sus funciones, CARDIQUE adelantó durante los años 2016 a 2017 un número de 259 procesos de selección en la modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía.

**Figura 1. Panorámicas Canal del Dique**



**Fuente:** Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique —CARDIQUE— (s.f.).

La actuación de la SIC se inició como consecuencia de los resultados de una auditoría realizada por la Contraloría General de la República —CGR— a CARDIQUE. Dichos informes señalaban la transgresión de los principios de planeación y de selección objetiva en los procesos de selección que había adelantado CARDIQUE, que habría conllevado a una indebida ejecución de los contratos y a la malversación de los recursos públicos con los que se desarrollaron (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022).

De igual manera, la SIC recibió notificación en el año 2018 sobre la decisión de la Fiscalía General de la Nación —FGN—, quien le compulsó copias de la actuación administrativa, en la que se determinó la apertura de investigación sobre las presuntas irregularidades presentadas en la contratación de CARDIQUE, resultado de la información remitida en su momento por la CGR a la FGN, comunicando sobre la imputación de cargos a varios servidores públicos de CARDIQUE y a los representantes legales de algunas firmas contratistas.

En tal sentido, en un radicado emitido en febrero de 2019, la Procuraduría General de la Nación —PGN— remitió a la SIC copia del pliego de cargos que le formuló al exdirector y a la exsubdirectora de planeación de CARDIQUE, por conductas irregulares en las que pudieron

incurrir. En razón a ello, la Delegatura de la SIC surtió la etapa de averiguación preliminar con la consecución de material probatorio pertinente para determinar la posible existencia de conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia económica.

La Delegatura de la SIC profirió la Resolución 76936 de 2019 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019) en la cual ordenó la apertura de investigación y formuló pliego de cargos contra personas naturales y jurídicas por la presunta violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber aparentemente ejecutado acuerdos para actuar de manera coordinada y repartirse los contratos derivados de 259 procesos de SAMC que desarrolló CARDIQUE, en los que se suprimieron las presiones competitivas propias de la contratación pública y en las que resultaron adjudicatarios de forma deliberada y predeterminada algunos contratistas. Aquí, la SIC, a través de la Delegatura, señaló que dicho acuerdo se materializó mediante la estructuración e implementación de 53 subcarruseles, en los cuales los investigados coordinaron y repartieron su participación, realizando una dinámica de rotación, cuya única explicación es la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los investigados (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019, pp. 1-60).

Con la resolución mencionada anteriormente, se ordenó la apertura de investigación y expidió pliego de cargos contra servidores públicos de CARDIQUE, porque aparentemente colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y toleraron bien por acción u omisión, conductas anticompetitivas reprochables y formuló pliego de cargos contra personas naturales vinculadas a los agentes de mercado relacionados con la mencionada acción anticompetitiva, para determinar si incurrieron en responsabilidad administrativa.

Una vez notificada la resolución, corrió traslado para solicitar y aportar pruebas. Como respuesta, la SIC profirió la Resolución 4888 del 13 de febrero de 2020 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020, pp. 4-7) en la que se ajustaron datos de forma, relacionados con la

identificación del número de investigados y se ordenó notificar a los Representantes Legales de algunas firmas vinculadas al proceso. La SIC, con posterioridad al proceso probatorio, resolvió solicitudes de nulidad requeridas por algunos funcionarios de CARDIQUE, que aducían que la imputación carecía de adecuación típica, al encontrar que no se determinaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas imputadas y se prescindió de la práctica de algunas pruebas.

El 26 de mayo de 2022, culminada la etapa probatoria y agotado el trámite previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la SIC, a través de la Delegatura, presentó un informe motivado con los resultados de la etapa de instrucción, en el cual recomendó sancionar a 25 personas naturales y a 18 empresas contratistas de CARDIQUE por incurrir en las conductas descritas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber configurado un acuerdo restrictivo de la competencia. Del mismo modo, sancionó a ocho (8) personas naturales por incurrir en el comportamiento previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992; por realizar las conductas del numeral 9 del artículo 47; sancionó a seis (6) personas más por incurrir en su calidad de servidores públicos de CARDIQUE en el comportamiento sancionable y previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Además, archivó la investigación administrativa contra nueve (9) firmas contratistas por haber caducado la facultad sancionatoria de la SIC, dado que se encontró probado que dichos agentes participaron en la ejecución de esos acuerdos anticompetitivos durante el año 2016, pero no existía el material probatorio que acreditara que sus conductas hubieran continuado con posterioridad a dicha fecha. En el mismo acto, se archivó la investigación respecto de tres (3) personas naturales por la misma causa anterior y de una servidora pública de CARDIQUE, dado que se probó que facilitó y toleró la ejecución del acuerdo anticompetitivo durante el 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

Dentro del proceso, se probó la conducta anticompetitiva entre los investigados de forma continua y sistemática, y por medio de la materialización de un acuerdo de colusión de repartición de dichos procesos, desconociendo los principios de igualdad, selección objetiva y de libre competencia.

La implementación de dicho acuerdo se realizó en dos fases: la primera, tenía como objetivo repartirse la adjudicación de la totalidad de los procesos de selección; para esto, conformaron distintos grupos o subcarruseles con un número entre tres (3) y ocho (8) investigados, a quienes les serían asignados ciertos procesos de selección previamente para participar; con ello, los cartelistas garantizaron la repartición de la totalidad de los procesos de selección. En la segunda fase realizada por los investigados, se coordinaba su participación al interior de cada carrusel con el fin de rotarse la adjudicación de los contratos que les serían asignados previamente.

Las pruebas recaudadas durante la investigación demostraron que los investigados se aprovecharon de ciertas condiciones de los procesos de selección, pues correspondían a procesos de SAMC, en los que la entidad establecía de manera previa la forma de calificación de las propuestas y eso les permitía materializar esa conducta anticompetitiva con documentos que reflejaron una coordinación entre los investigados desde esa primera etapa, quienes realmente simulaban una competencia ficticia entre ellos; sin embargo, a pesar de que todos mostraban manifestación de interés, solo dos (2) de los integrantes presentaban finalmente las propuestas, para la adjudicación del proceso con el ánimo de aumentar la probabilidad de que alguno de ellos resultara ganador (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020, pp. 4-11).

Se probó, igualmente, que las ofertas económicas presentadas por los dos (2) cartelistas previamente elegidos por ellos tenían valores similares, cuyas diferencias eran irrisorias entre ellas y respecto del presupuesto oficial, lo cual indicaba que los investigados tenían conocimiento

previo del mecanismo de selección que utilizaría CARDIQUE en todos los procesos, la cual correspondía a la media geométrica, aumentando aún más su probabilidad de adjudicación dentro del proceso. La Delegatura comprobó con certeza la existencia de diferentes tipos de carruseles.

Asimismo, la Delegatura probó que la participación de los investigados se repitió — exactamente en los términos mencionados— en 259 procesos de SAMC desarrollados por CARDIQUE a través de la conformación de 53 subcarruseles, y que durante el desarrollo de los procesos de selección los investigados mantenían comunicación constante entre ellos.

Igualmente, la SIC ratificó la existencia de una conducta colusoria, la cual sintetizó en los siguientes elementos: i) existían similitudes en los documentos; ii) similitudes en aspectos de diagramación; iii) errores de ortografía; iv) cambios de palabras y frases; iv) similitud en los precios unitarios ofrecidos por los investigados en sus ofertas económicas; v) colaboración entre los investigados al momento de la ejecución de los contratos adjudicados. También, se encontró que los investigados se nombraban entre ellos como miembros del personal técnico requerido en los pliegos de condiciones para la ejecución de las obras; vi) una aparente coordinación al momento de expedir las correspondientes garantías de seriedad de oferta, por medio del mismo intermediario de seguros y las pólizas eran expedidas por la misma aseguradora y con una numeración consecutiva (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022, pp. 130-146).

De otra parte, la Delegatura encontró —probado también— que el acuerdo anticompetitivo descrito fue facilitado por algunos servidores investigados de CARDIQUE, dado que ellos conocían el acuerdo colusorio y no realizaron ningún esfuerzo para modificar la estructuración de los procesos o denunciar las circunstancias irregulares que se estaban presentando; por el contrario, las pruebas encontradas permitieron concluir que los funcionarios adelantaron actuaciones que desde la estructuración de los procesos de selección facilitaron la conducta anticompetitiva.

La Delegatura señaló que las actuaciones contrarias a la libre competencia fueron las siguientes: i) la estructuración de 259 procesos de selección con un mismo objeto en un lapso de dos (2) años, lo que podía representar una violación al principio y a las reglas de la contratación estatal, haciendo fraccionamiento de contratos; ii) no adelantaron estudios previos para la estructuración de cada uno de los procesos, sino que utilizaron el estudio realizado por algunas entidades internacionales en regiones geográficas muy distintas con el fin de justificar la contratación; iii) elaboraron pliegos de condiciones que contenían elementos que facilitaban la colusión, por ejemplo: a) se daba certeza sobre el mecanismo de evaluación a utilizar por CARDIQUE; b) conocieron las propuestas de los investigados, pudiendo identificar sus similitudes, sin embargo, no denunciaron esta situación ni realizaron gestión alguna para evitarlo; y c) mantuvieron contacto con algunos de los investigados durante los procesos de selección.

Conforme al artículo 23 del Decreto 4886 de 2011, en julio de 2022 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, el cual recomendó por unanimidad sancionar a las personas indiciadas.

La SIC, conforme a las funciones que le han sido asignadas, está facultada para imponer sanciones por actos de violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de dichas conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparten en desarrollo de sus funciones.

Según Ramírez y Hernández (2018), la SIC es la autoridad competente en materia de protección de la competencia; dicha función la ejerce de forma excluyente (Sentencia C-172 de 2014), sin importar el sector de la economía al que pertenezcan los actores del mercado que investiga. De igual manera, lo ha entendido la Corte Constitucional en varias jurisprudencias al respecto.

### **Descripción de la Situación en el Estudio de Caso**

La importancia de este trabajo es abordar si las funciones ejercidas por la SIC, en el caso CARDIQUE, fueron eficientes en cuanto a la suficiencia y oportunidad para salvaguardar el derecho de la libre competencia, específicamente dentro del marco de las funciones preventivas y sancionatorias de la SIC, como autoridad de competencia.

Ahora bien, previo a aterrizar el derecho que se vulnera y la actuación de la SIC en el caso objeto de estudio, se considera importante indicar inicialmente que el concepto amplio de «la libre competencia en Colombia», según lo menciona Duque-Botero (2022) en su libro sobre la Competencia:

Es la posibilidad de participar en el mercado, dentro del cual los vendedores se esfuerzan para lograr que un mayor número de compradores adquieran sus bienes y servicios.

Entonces, la competencia es libre cuando se puede comprar o vender, sin estar sujetos a ninguna acción exógena o endógena que perturbe el libre desarrollo de este derecho. (pp. 138-142)

Por otro lado, la Corte Constitucional (1997) ha señalado que “la libre competencia económica promueve los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los mercados”.

Ahora bien, antes de abordar las funciones de la SIC en Colombia en la materia anotada, es vital indicar que, a partir de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 se reguló y priorizó la protección del derecho de la libre competencia, desde el preámbulo mismo de la Carta Magna en armonía con los artículos 13 y 333 de la misma.

Dicho esto, y como bien lo anota Duque-Botero (2022), “desde el constituyente se le atribuye los deberes al legislador para regularizar las facultades de la autoridad de competencia en materia de libre competencia”.

Así las cosas, conforme al principio de legalidad, la SIC ejerce diversas funciones en materia de la libre competencia, buscando mercados justos y competitivos para proteger a los consumidores y promover la innovación económica en el país. Algunas de sus responsabilidades relacionadas especialmente con esta materia se resumen en la Figura 2.

**Figura 2.** *Facultades de la SIC*



Conforme al marco normativo que le es aplicable, estas son algunas de las funciones principales de la SIC, como autoridad de competencia en Colombia.

- a. Ley 155 de 1959. (Ver referencias).
- b. Decreto 2974 de 1968, derogado por el artículo 27 del Decreto 152 de 1976. (Ver referencias).
- c. Decreto 149 de 1976. (Ver referencias).
- d. Decreto 2153 de 1992. En su artículo 44, facultaba a la SIC para ejercer funciones de imponer medidas relacionadas con el cumplimiento de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (incluye la colusión), derogado con excepción de los artículos 1, 4 (numeral 15 incisos 1 y 16, 11); numerales 5 y 6, 24 y 44 al 54, por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009. (Ver referencias).

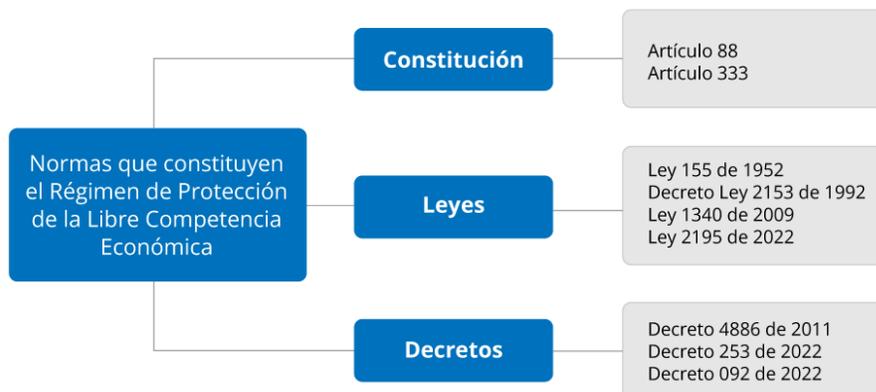
e. Ley 446 de 1998. (Ver referencias).

f. Ley 1340 de 2009. (Ver referencias).

g. La norma señala a la SIC como autoridad única de protección en materia de competencia a nivel nacional. Igualmente, menciona que su propósito es garantizar la libre competencia, otorgarle protección contra el abuso de la posición dominante y designar control previo en materia de integración empresarial.

h. La SIC tiene la facultad de ejercer función jurisdiccional de manera excepcional y precisa, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 y los artículos 143 al 145 y 147 de la Ley 446 de 1998 en materia de competencia desleal.

**Figura 3.** Marco Normativo Régimen de Protección de la Libre Competencia en Colombia (Superintendencia de Industria de Comercio, 2023)



**Fuente:** Superintendencia de Industria y Comercio (2023).

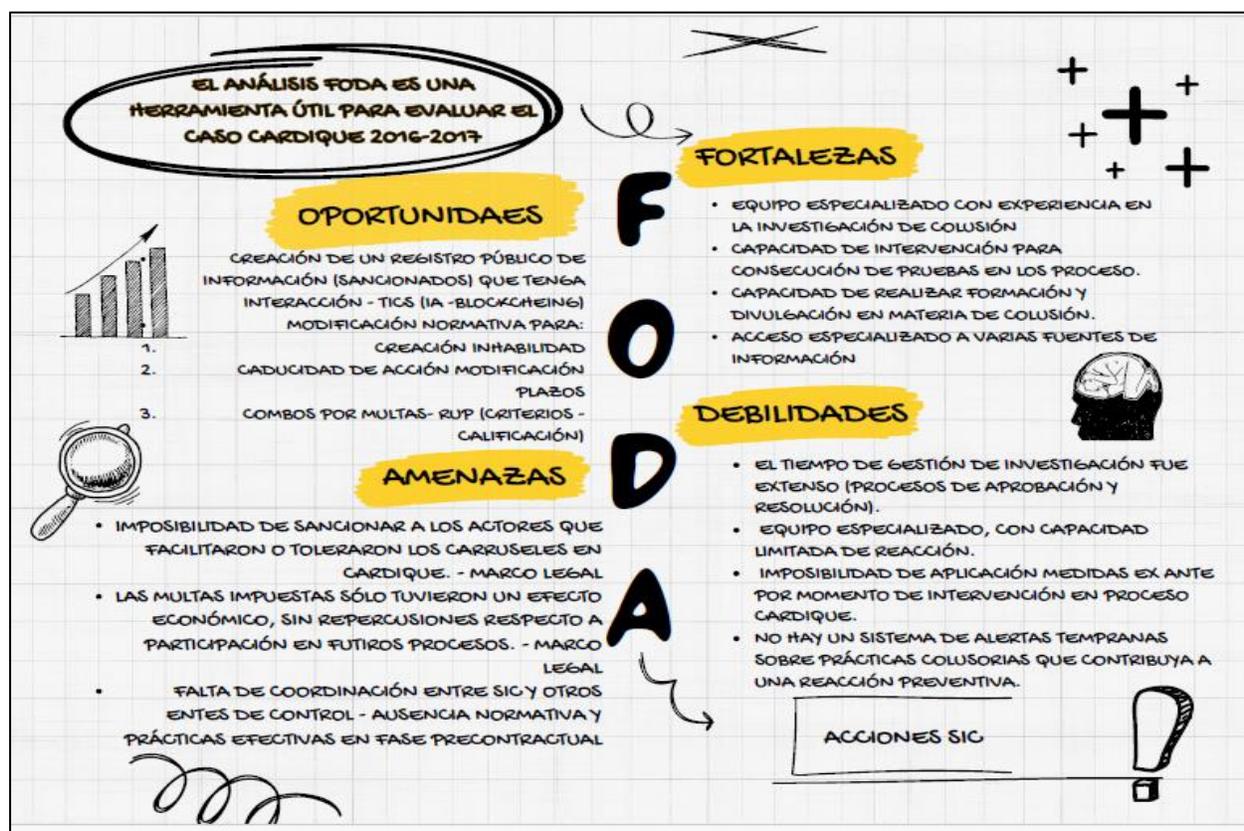
Para determinar el análisis del caso objeto de revisión, se emplea la metodología FODA, en la cual, primero, se identificaron y enumeraron las ventajas y herramientas que tenía la SIC para verificar si existían prácticas colusorias; estas representaban los instrumentos positivos de resaltar; luego, se identificaron y enunciaron las debilidades internas de la SIC, que por el contexto del caso requieren mejoras; estas se calificaron como las limitaciones y retos que la SIC

afrontó en el caso; posteriormente, se identificaron y enumeraron las oportunidades que corresponden a esas circunstancias externas que contribuyeron a la labor investigativa y sancionatoria de la SIC en el caso de estudio; por último, se identificaron las amenazas —que también corresponde a factores externos de la SIC— que se convirtieron en desafíos o riesgos que tuvo que afrontar la SIC a lo largo de los casi cuatro años que duró el proceso (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022).

Después de analizar las cuatro variables expuestas anteriormente, se concluyó cómo se podrían potencializar las ventajas para aprovechar las oportunidades del caso y cómo superar las debilidades para poder enfrentar de manera más eficiente las amenazas que se presentaron durante el proceso de investigación y sanción realizado por la SIC. Todo lo anterior fue un ejercicio basado en la evidencia objetiva recopilada durante la investigación: a) pruebas documentales: cartas y formatos de las propuestas, pólizas expedidas de manera consecutiva por el mismo asegurador, formato de precios unitarios con valores similares, formatos de propuesta económica, presentación en las ofertas con el mismo PMR; b) grabaciones de voz de conversaciones y mensajes de datos que se dieron entre los actores de mercados investigados; c) declaraciones testimoniales de los investigados..

A continuación, en la Figura 4, se expone el ejercicio realizado.

Figura 4. Matriz FODA



Una vez identificadas las fortalezas y debilidades de la SIC en el marco del ejercicio de sus funciones, al igual que las oportunidades y amenazas del entorno, se priorizaron las que se consideran como las más relevantes por su impacto en relación con la garantía efectiva de protección de la libre competencia. La investigación y las decisiones tomadas por la SIC se basaron en hechos probados dentro del proceso, que eran inequívocos en cuanto a la realización de prácticas anticompetitivas, de conformidad con las señales de advertencia de la existencia de dichas prácticas, señaladas en el documento elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE— (2014), que se enuncian de manera literal, en la Tabla 1 del próximo punto de este trabajo.

Para finalizar, a continuación se expone la matriz con las fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas que se encontraron para determinar el reto objeto de estudio, tal como lo señaló la SIC en su resolución (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022).

Así las cosas, la SIC ahonda en la transgresión que la CARDIQUE cometió en relación con los principios de planeación y selección objetiva en los procesos de contratación objeto de revisión.

Aquí, la SIC concluyó que se realizó una indebida planeación por parte de los servidores de CARDIQUE, por la ocurrencia de los siguientes aspectos: (i) escogencia inadecuada de la modalidad de selección; el informe SIC señala, respecto del pronunciamiento de la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal en el fallo disciplinario de primera instancia (Delegatura Protección Competencia - Superintendencia Industria y Comercio, 2022), que se evidenció que la finalidad del fraccionamiento contractual en el caso objeto de estudio era eludir el proceso de la licitación pública para que de manera sistemática y artificiosa se adjudicaran los contratos a unos contratistas que desde tiempo atrás contrataban el mismo objeto y actividades con CARDIQUE; (ii) el haber elaborado unos pliegos de condiciones que contaban con un mismo método de evaluación de la propuesta financiera (media geométrica) a pesar de los riesgos que esto podía traer para la entidad contratante; (iii) al hacer diligenciar un simple formato de estudios previos que no determina la individualidad de cada proceso, respecto de las actividades a ejecutar, así como la carencia de informes técnicos que reflejaran la necesidad a satisfacer, de acuerdo con los requerimientos de los municipios beneficiados.

Lo anterior, no permitió que se realizara una selección objetiva en pro de la entidad pública, que le proporcionara mejores resultados en términos de eficiencia y beneficios en la escogencia de los contratistas, pero sí facilitó la ejecución del acuerdo anticompetitivo entre los agentes del mercado.

### **Descripción de las Alternativas y Acciones en el Análisis del Estudio de Caso**

Enumeradas las funciones y facultades de la SIC, es necesario indicar de manera resumida la actuación de la SIC en el caso objeto de estudio. Así las cosas, tenemos que la SIC: (i) abrió investigación en contra de los actores del mercado y funcionarios de CARDIQUE, producto de la información oficiada por la CGN por supuesto incumplimiento de contratos, fruto de procesos de selección adelantados por CARDIQUE en el 2016 – 2017; (ii) producto de la investigación anterior, se encontró probado que los investigados participaron en la estructuración de un acuerdo que tenía como finalidad actuar de manera coordinada para repartirse la adjudicación de los procesos de selección realizados por CARDIQUE. A su vez, se demostró que los investigados lograron suprimir las presiones competitivas, configurando así un acuerdo restrictivo de la competencia, el cual coincide típicamente con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; (iii) sancionó a los investigados como se detalla más adelante.

Del mismo modo, la Delegatura logró evidenciar la participación de los servidores de CARDIQUE investigados que contribuyeron, facilitaron y toleraron el acuerdo anticompetitivo, conforme lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 36 de la Ley 1340 de 2009.

La Delegatura evidenció que las actuaciones de los investigados coincidían con los patrones señalados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE— (2014) como indicios de la existencia de un acuerdo colusorio, para lo cual realizó un paralelo de las conductas realizadas por los investigados, presentadas en la Tabla 1.

**Tabla 1. Paralelo entre los patrones presentados por la OCDE y la Superintendencia y los comportamientos de los investigados**

Patrones o señales de advertencia de la existencia del acuerdo con la OCDE	Patrones encontrados dentro de los procesos de selección de CARDIQUE
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. Parece que las compañías se turnan para ser el licitador ganador.	En el acuerdo colusorio, se conformaron 53 grupos (subcarruseles) integrados por tres a ocho proponentes ( <b>INVESTIGADOS</b> ). Todos los integrantes del subcarrusel manifestaban su interés en participar en los procesos de contratación que hacían parte de este. Luego, solo dos integrantes del subcarrusel presentaban oferta. Es decir, los <b>INVESTIGADOS</b> manifestaban su interés en participar, pero se abstendían de presentar las ofertas puesto que solo dos de ellos lo hacían.
Detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.	Algunas manifestaciones de interés presentadas por los <b>INVESTIGADOS</b> tenían errores similares de digitación. Las cartas de presentación de las propuestas de los <b>INVESTIGADOS</b> eran similares en cuanto a sus errores de ortografía y de digitación. Esos errores no estaban previstos en el formato propuesto por <b>CARDIQUE</b> . Los compromisos anticorrupción presentados por los <b>INVESTIGADOS</b> compartían similitudes de digitación que no estaban previstas en el formato propuesto por <b>CARDIQUE</b> .
Las propuestas presentadas por distintos oferentes se redactan de manera semejante, con similar papelería, tipografía o formatos.	<b>CARDIQUE</b> estableció un formato sugerido para manifestar interés en participar en cada uno de los <b>PROCESOS DE SELECCIÓN</b> . Sin embargo, los <b>INVESTIGADOS</b> manifestaron en un mismo documento su interés de participar en varios <b>PROCESOS DE SELECCIÓN</b> , los cuales coincidían con los documentos presentados por otros <b>INVESTIGADOS</b> (miembros de cada subcarrusel). Los <b>INVESTIGADOS</b> aportaron con sus propuestas un documento correspondiente a la certificación de disponibilidad de equipos, aunque no fue exigida en el pliego de condiciones de los <b>PROCESOS DE SELECCIÓN</b> .
Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.	Los precios unitarios ofrecidos por los <b>INVESTIGADOS</b> eran idénticos. Solo el ítem correspondiente a la « <i>tablilla informativa</i> » varió en sus ofertas.
Hay un margen de precios extraños y poco racionales entre la propuesta vencedora y las otras propuestas.  Las propuestas de algunos oferentes presentan variaciones de precios mínimos.  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; o los proveedores aumentaron el precio sin que sea justificable por aumentos de costos.	La diferencia entre el valor de las ofertas económicas presentadas por los <b>INVESTIGADOS</b> fue casi nula. Asimismo, la diferencia entre el valor de la oferta económica adjudicataria y el valor del presupuesto oficial de los <b>PROCESOS DE SELECCIÓN</b> fue insignificante. No hubo justificación alguna en razón de la estructura de costos de los <b>INVESTIGADOS</b> . Esta situación se reflejó en todas las ofertas presentadas por los <b>INVESTIGADOS</b> en los <b>PROCESOS DE SELECCIÓN</b> .
Se presentan coincidencias en la relación de personal que presentan distintos oferentes.	Los <b>INVESTIGADOS</b> que eran ingenieros civiles avalaron las propuestas de aquellos proponentes –personas jurídicas– cuyo representante legal no tenía dicha profesión. Adicionalmente, los equipos profesionales mínimos (integrados por un director y un residente de obra) presentados por los <b>INVESTIGADOS</b> en sus ofertas estaban conformados por ingenieros civiles que resultaban ser su competencia en otros <b>PROCESOS DE SELECCIÓN</b> .
Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.	Entre los <b>INVESTIGADOS</b> hubo comunicación telefónica constante durante el período investigado –años 2016 y 2017–. Esta comunicación se llevó a cabo antes, durante y después de los <b>PROCESOS DE SELECCIÓN</b> .
Los proveedores socializan con regularidad o parecen mantener reuniones periódicas.	Particularmente, entre la fecha de apertura hasta la fecha de suscripción de los respectivos contratos, los <b>INVESTIGADOS</b> se comunicaron. Adicionalmente, algunos de los <b>INVESTIGADOS</b> se comunicaron telefónicamente con algunos de los <b>servidores investigados</b> en esos períodos.
Otras señales o patrones de advertencia en los documentos presentados por los oferentes	Las pólizas de seriedad de las ofertas presentadas por los <b>INVESTIGADOS</b> fueron expedidas por un mismo intermediario de seguros — <b>ENRIQUE L. MALO FRANCO SEGUROS LTDA.</b> —. Adicionalmente, las pólizas fueron expedidas por la misma aseguradora y la gran mayoría de ellas con una numeración consecutiva.

**Fuente:** Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Informe Motivado.

La Delegatura logró probar que las actividades presentadas anteriormente se dieron de forma continua durante un tiempo determinado y se repitieron de manera reiterada en los 259 procesos convocados por CARDIQUE (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022) durante los años 2016 – 2017. Estos patrones fueron interpretados por la SIC como los indicios que probaban la existencia del acuerdo colusorio y su prolongación en el tiempo.

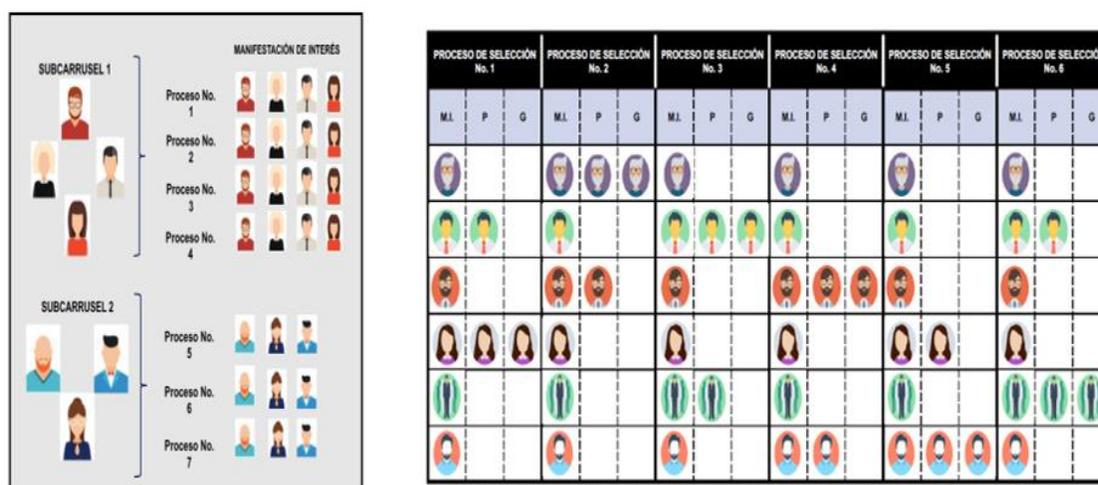
En esta parte, es necesario hacer mención a lo que conceptualmente se entiende por «colusión», que en términos de la SIC no es más que “la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero o una de las partes” (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f.). En este sentido, cuando se realizan acuerdos entre los proponentes para no competir, para distribuirse adjudicaciones de contratos y concursos o fijar los términos de las propuestas, se está incurriendo en la conducta tipificada como práctica contraria a libre competencia en el marco del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Conforme a la norma citada anteriormente, la SIC pudo determinar como elementos relacionados con la colusión lo siguiente: (i) pluralidad de actores; (ii) unidad de intención; (iii) identidad de los elementos que configuran la colusión. Ahora bien, con referencia al elemento de la unidad de intención, la SIC encontró probado que los actores del mercado tenían como propósito aumentar sus probabilidades de adjudicación, obteniendo mayores beneficios para lo cual, de manera predeterminada, coordinaron acciones u omisiones, eliminaban la rivalidad en los procesos de contratación pública. Para lograr lo anterior, los actores del mercado se organizaron y coordinaron en grupos de tres a ocho personas. Cada grupo presentaba manifestaciones de interés y cada grupo fue denominado por la Delegatura como «subcarrusel»; a cada subcarrusel le fueron adjudicados un conjunto de procesos de selección.

El ejercicio suponía que cada uno de los miembros del subcarrusel debía, primero, manifestar su interés en la primera fase, implementando una estrategia de rotación entre ellos,

pues solamente dos integrantes presentaban la propuesta y los demás se abstendían de hacerlo; las propuestas tenían diferencias irrisorias en cuanto al presupuesto oficial. Aquí, CARDIQUE procedía entonces a asignar el puntaje correspondiente según la fórmula de media geométrica. Por su parte, la SIC evidenció que en todos los casos analizados, las propuestas adjudicatarias fueron las más cercanas al presupuesto oficial y que en la mayoría de los subcarruseles todos los integrantes fueron adjudicatarios por lo menos de un proceso, tal como lo muestra la Figura 4.

**Figura 5.** *Manifestación de interés y subcarruseles*



**Fuente:** Superintendencia de Industria y Comercio (s.f.), con base en la información de los procesos de selección.

Así pues, la SIC demostró la conformación de dos tipologías que se presentaron a lo largo de los procesos, atendiendo a alguna de sus características en: i) perfectos; ii) imperfectos: los primeros hacían referencia a aquellos donde todos los miembros fueron adjudicatarios de por lo menos un contrato. Estos perfectos subcarruseles se dividían en: i) perfectos cuadrados, que hacían referencia a aquellos en los que el número de investigadores participantes era igual al número de contratos repartidos; ii) perfecto rectangular, en donde el número de procesos asignados era mayor al número de integrantes del subcarrusel. El segundo subtipo de subcarrusel eran los imperfectos, que eran aquellos en donde no todos los miembros resultaban adjudicatarios

de por lo menos un contrato, pues alguno de los investigados resultaba ser adjudicatario de más, (es decir, más de una vez) o tenía mayor número de integrantes que el proceso de selección asignado.

Aunados a los anteriores medios de prueba, se obtuvieron adicionales que contribuyeron a concluir la realización de actos de colusión dentro del proceso investigado (Delegatura Protección Competencia - Superintendencia Industria y Comercio, 2022, pp. 45-114), los cuales fueron las similitudes de los documentos de manifestación de interés en relación con: (i) una carta contenía postulación a varios procesos, situación que era contraria a la información dada en las declaraciones por los investigados, quienes señalaban haber enviado manifestación para cada proceso de manera individual; (ii) contenían los mismos errores de ortografía o las mismas palabras, por ejemplo, se evidenció que en la totalidad de las cartas de presentación de las ofertas de los investigados se reemplazó la palabra «cabalmente» por «totalmente»; (iii) los formatos del compromiso anticorrupción, en los que se suprimió parte de los mismos, presentándose de esta forma en todos los procesos y además los certificados de disponibilidad de los equipos, que no hacían parte de los documentos precontractuales pero los aportaron en varios de los procesos; (iv) respecto a las garantías de seriedad, fueron gestionadas por el mismo intermediario y fueron expedidas por la misma aseguradora. En su mayoría, se generaron de forma consecutiva; (v) existía coincidencia respecto el personal mínimo requerido (PMR) en varias de las ofertas, es decir, en una oferta firmaba una persona en calidad de ingeniero civil y en otra oferta este mismo ingeniero era presentado para cumplir el cargo de director de obra exigido en el PMR; (vi) comunicación e interacción constante entre los investigados en los años 2016 - 2017.

Las anteriores evidencias demostraron la colaboración entre los investigados para la construcción de sus ofertas y la similitud en la conformidad de los equipos que las ejecutarían.

Con lo anterior, la SIC logró individualizar las acciones en las que cada investigado incurrió que permitieron comprobar la práctica colusoria.

Respecto de las decisiones emitidas por la SIC, se tienen: (i) declaró la violación de la libre competencia de agentes del mercado por haber transgredido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y les impuso multas; (ii) declaró la violación de la libre competencia por incurrir en responsabilidad según el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 por parte de servidores de CARDIQUE e impuso multas a los mismos; (iii) archivó la investigación de responsabilidad según el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 a dos funcionarios de CARDIQUE por vencimiento de términos; (iv) ordenó a los sancionados, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, publicar en un lugar visible de un diario de amplia circulación nacional las sanciones recibidas; (v) ordenó comunicar a CARDIQUE que considere la implementación y adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia económica.

Ahora bien, respecto las actuaciones de la SIC en el caso objeto de estudio, se encuentra que, en ejercicio de sus facultades de protección, inspección y vigilancia, ella propendió por la protección de un interés superior de orden colectivo, actuando según lo preceptuado en el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992. En el proceso de la CARDIQUE, la SIC realizó la investigación, vinculación y sanción de los agentes de mercado y los funcionarios de la entidad.

La SIC tuvo conocimiento de los hechos, objeto de la presunta colusión, en el año 2018 a partir del oficio remitido por la CGR, sólo hasta el año 2019 emite acto de apertura de investigación, sin embargo, es importante precisar que las facultades de investigación y sanción de la SIC pueden ser ejercidas de oficio, en cualquier tiempo, que no requieren denuncia, ni petición de parte, tal como lo señala el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009. En este sentido, la

acción de la SIC se desplegó de manera consecuente, como lo establece el artículo 333 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

De acuerdo a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio (2016) afirma que “la finalidad del derecho de la competencia es velar por el interés general y por la estabilidad de los mercados” (p.6). Por ello, el régimen de protección de la competencia guarda una estrecha relación con el régimen de la contratación pública, propendiendo por salvaguardar las garantías de libertad e igualdad en las condiciones de acceso al ejercicio de la compra pública.

En el caso de CARDIQUE, la participación de la SIC se dio en una fase del proceso, en la cual los actos de colusión ya se habían materializado en los 259 procesos de selección desarrollados, por lo que no resultaba procedente ejercer la función preventiva *ex ante* que la facultaba para ordenar como medida cautelar la suspensión inmediata de las conductas que iban en contravía de la libre competencia; esa facultad se podría haber ejercido independientemente de la fase en la que estuviera el proceso de investigación, antes de iniciar, o bien si se encontrara en curso o aún en la fase de imposición de la sanción. Cabe aclarar que la medida cautelar requiere para su aplicación los preceptos establecidos en la ley (Londoño, 2019, pp. 23). Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009.

La función preventiva *ex ante*, para su ejercicio, no requiere que exista un perjuicio, dado que, la norma de competencia tiene como propósito una protección general respecto del mercado; esa es la razón por la cual no es necesario demostrar un perjuicio individualizado y para efectos del caso objeto de estudio, el mercado fue determinado por la SIC como el universo de la totalidad de los 259 procesos convocados por CARDIQUE.

De otra parte, genera particular interés ver cómo el impacto de la protección de la libre competencia puede variar sustancialmente, según el momento de la intervención de la SIC como autoridad de competencia, dado que si bien CARDIQUE —como se probó—, a través de sus

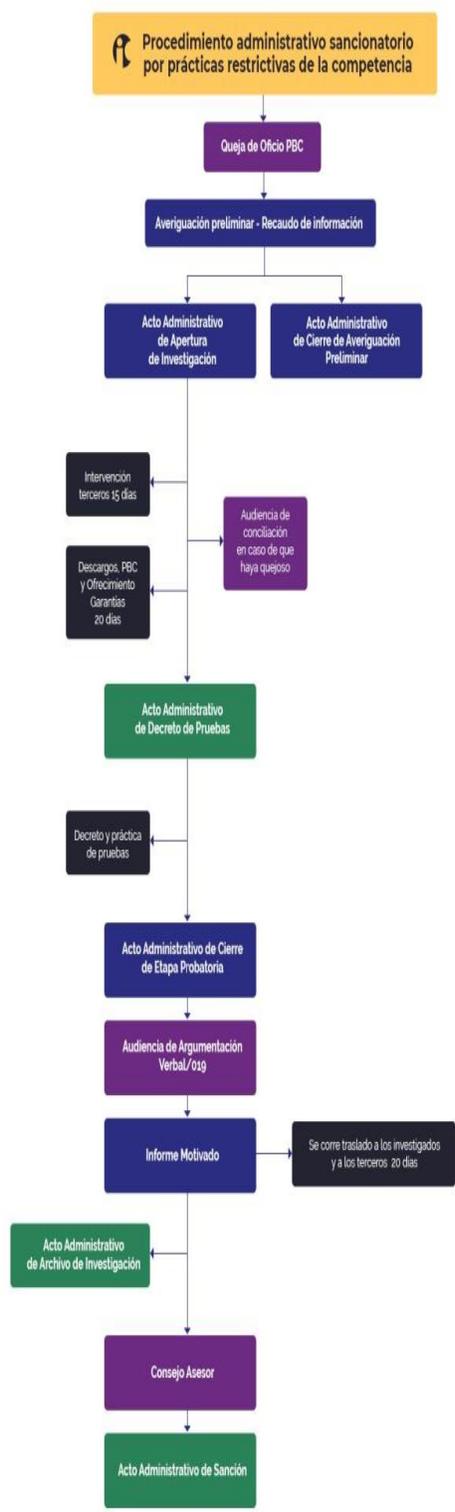
funcionarios pudo haber identificado las presuntas prácticas anticompetitivas, tomando acciones frente a ello, hubiere podido oficiar a las autoridades de control, dejando las constancias de dichos actos a lo largo de los procesos. De esta manera, habría evidenciado las irregularidades, generando la opción de poder tener en un futuro la acción de controversias contractuales ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Dentro de la revisión normativa relacionada con los efectos de la transgresión de las normas de competencia, se encuentra una consecuencia que por su impacto y trascendencia resulta necesario mencionar que vincula con lo establecido por el artículo 19 de la Ley 155 de 1959, que expresa lo siguiente: “**Artículo 19.** Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidas por esta Ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito”; que en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, menciona que: “En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto, están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”; que fue adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que manifiesta:

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas; esto es, acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

A continuación, se expone un paralelo entre el procedimiento administrativo reglado sancionatorio de la SIC por prácticas restrictivas de competencia y la línea de tiempo de las actividades del proceso de la CARDIQUE.

Figura 6. Comparativo proceso sancionatorio - línea de tiempo



## PROCESO SANCIONATORIO SIC 2016-2017

# CARDIQUE

**2016**

CARDIQUE realiza estructuración de proceso de SAMC. Procesos desarrollados 2016:174  
Manifestación de Interés: 174  
Método Evaluación Económica: Media Geométrica  
Contratos adjudicados:174  
Forma de Pago: APU

**2017**

CARDIQUE realiza estructuración de proceso de SAMC . Procesos desarrollados 2017:85  
Manifestación de Interés: 85  
Método Evaluación Económica: Media Geométrica  
Contratos adjudicados:85  
Forma de Pago: APU

**2018**

La CGR oficia la SIC y compulsa copias del informe de investigación y hallazgos en 259 procesos SAMC con objetos relacionados.  
La FGN compulsa copias a la SIC sobre apertura de investigación e imputación de cargos a servidores públicos de CARDIQUE y a los representantes legales de firmas contratistas.

**2019**

La SIC profiere Resolución 76936 del 31 de diciembre de 2019, ordenó apertura de investigación y formuló pliego de cargos contra personas naturales y jurídicas. Señaló como la existencia de acuerdo colusorio que se materializó mediante la estructuración e implementación de 53 subcarruseles.

**2020**

La SIC profirió la Resolución 4888 del 13 de febrero de 2020, en la que se ajustaron datos de forma, relacionados con la identificación del número de investigados y se ordenó notificar a los Representantes Legales de los Agentes de Mercado investigados.

**2022**

El 26 de mayo de 2022, la SIC presenta informe motivado para imponer sanciones.  
Acciones realizadas por la Delegatura de Competencia.  
\*Agentes de Mercado Investigados: 52  
\*Personas Naturales Vinculadas : 20  
\*Total Proceso adelantados: 259  
\*Contratos celebrados 2017: 85  
\*Contratos celebrados 2016: 174  
Sub -carruseles : 53  
Sanción: Resolución 64389 del 22-09-22

De acuerdo con los preceptos anteriores, se puede concluir que la violación de las normas que protegen la libre competencia tiene como efecto objeto ilícito por lo que podría en virtud de la mencionada causal generarse una nulidad absoluta del contrato celebrado, cuando este haya sido producto de una actuación restrictiva de la competencia, como pudo ser en el caso de la colusión, objeto de análisis. El efecto del objeto ilícito se obtiene, toda vez que, las normas de competencia son normas de orden público, en los términos de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2153 del 1992 y estas prohíben las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran como objeto ilícito (Miranda-Londoño, 2019, p. 34).

## **Plan y Recomendaciones de Aplicación e Implementación**

Conforme a lo expuesto anteriormente, las recomendaciones señaladas a continuación permitirían que la SIC logre intervenir de manera más eficiente en pro de la protección de la libre competencia en los procesos de compras públicas:

**1.** Creación de un registro público de información de los sancionados por prácticas restrictivas de la competencia, que permita brindar alertas tempranas a las entidades públicas que realicen procesos de contratación.

**2.** Desarrollo e implementación mediante utilización de herramientas disruptivas o de inteligencia artificial encaminadas a generar estudio de análisis de datos, que permita obtener información oportuna, unificada y relacionada con registro de sanciones administrativas, penales, disciplinarias, actividades contractuales, de la DIAN y de los registros mercantiles, que permitan identificar el perfil de los actores de mercado y su historia en materia de comportamiento financiero y compras públicas.

**3.** Desarrollo normativo de orden legal, que genere una inhabilidad para contratar con el Estado o ejercer cargos públicos para actores de los mercados sancionados por actos de colusión.

**4.** Desarrollo normativo de orden legal, para que las multas impuestas por la SIC puedan incluirse dentro del RUP y tengan un efecto en la disminución de puntaje del proponente sancionado por realizar conductas anticompetitivas. Y en caso de reincidencia, pueda sancionar con la imposibilidad de participar en procesos de contratación por un determinado espacio de tiempo.

**5.** Que la SIC pueda brindar acompañamiento a las entidades públicas que desarrollan procesos de contratación, con posterioridad al recibo de las ofertas, para poder evidenciar y dar alertas sobre posibles prácticas restrictivas de la libre competencia.

**6.** Que la SIC pueda hacer una vigilancia preferente a aquellos tipos de procesos que, por su carácter repetitivo, monto u objeto, son los más propensos a que se den actos de colusión.

**7.** Que la SIC pueda brindar capacitación, que tendrá el carácter obligatorio en materia de actividades restrictivas de competencia, que le dé al funcionario opciones para actuar de manera adecuada cuando puedan presentarse actos de colusión. Este aspecto debe ser medido mediante un indicador anual que permita identificar la población objeto de formación.

**8.** Desarrollo legislativo, que permita aumentar el valor de las multas a los actores del mercado que incurran en infracciones al régimen de la libre competencia.

**9.** Desarrollo legislativo, que aumente los plazos de las acciones sancionatorias de la SIC, de manera que su caducidad sea consecuente con los tiempos que prudencialmente puede demandar una investigación de esta naturaleza.

**10.** Mejorar la gestión colaborativa interinstitucional entre la SIC y los órganos de control, que permita un actuar más coordinado y efectivo en materia de la colusión.

**11.** Fortalecer e incentivar el programa de delación, dado que las estadísticas y datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE— (2014) demuestran que las autoridades de competencia son capaces de descubrir solo un 20% de los actos de colusión.

**12.** Incentivar la interposición de acciones de grupo e indemnizatorias por generación de perjuicio ante la jurisdicción, para generar mayor disuasión en los actores de mercado que puedan involucrarse en este tipo de acciones anticompetitivas (Miranda-Londoño, 1998).

**13.** Desarrollo normativo en relación con el monto de las multas, aplicables por la autoridad de competencia, con el propósito de disminuir cualquier rentabilidad o utilidad que puedan obtener los actores del mercado por prácticas de colusión, sin que esto genere liquidación de las empresas (Miranda-Londoño y Morales-Hernández, 2022).

**14.** La SIC deberá implementar una guía de sanciones que brinde productividad, toda vez que la misma generaría un efecto disuasivo.

## Conclusiones

A modo de cierre del caso objeto de estudio, relacionado con la efectividad, en el marco de la oportunidad y suficiencia de las funciones ejercidas por la SIC en el caso CARDIQUE, se concluye que las actuaciones desplegadas por esta, en materia sancionatoria y preventiva, no permitieron castigar a la totalidad de los investigados que participaron de las acciones colusorias, lo que genera una sensación de impunidad en relación con la imposibilidad de no poder materializar la potestad sancionatoria en su plenitud, a pesar de haberse encontrada y probada la práctica anticompetitiva.

De igual manera, en cuanto a la variable de oportunidad que es determinante para cumplir la efectividad anteriormente expuesta, se evidenció que el término de caducidad de la acción de la SIC, en el caso de estudio, resulta un poco ajustado cuando se evidencia la diligencia y pertinencia de la investigación realizada por la SIC durante casi cuatro años, en donde probó la responsabilidad y participación concreta de los investigados en la acción colusoria, pero queda entonces el sin sabor de una actuación investigativa muy elaborada, pero cuyo resultado puede tener, por qué no, un efecto negativo en relación con ese deber constitución de preservar el derecho a la libre competencia en el mercado de la compra pública realizada por la CARDIQUE, porque esto muestra un panorama de dificultad en materia sancionatoria por los tiempos que requiere un proceso de esta naturaleza, aún más cuando se revisan de manera comparada los plazos del proceso sancionatorio y la línea de tiempo en concreto del proceso CARDIQUE.

Además de lo anterior, también se evidenció que las multas impuestas por la autoridad de competencia en el marco del proceso de CARDIQUE fueron montos muy pequeños en relación con el impacto causado en el mercado afectado o las utilidades que hubieran podido haber recibido los sancionados.

De otra parte, si bien la actuación de la SIC, en el caso objeto de revisión se dio dentro del marco del principio de legalidad propio de las entidades estatales, lo que se observó es que es conveniente revisar algunas medidas de orden normativo que no restrinjan el ejercicio sancionatorio de la SIC, en el largo plazo.

Por ende, los valores de las multas y las demás sanciones deberían aumentarse en sus montos y consecuencias para disuadir a los investigados de actos futuros de colusión.

Ahora bien, en cuanto a las facultades *ex ante* de la SIC, se demostró que a pesar de que el marco normativo que le es aplicable le permite ejercer dicha función, esta no resulta de habitual utilización por la SIC, por el impacto que genera en el proceso. Además, si bien la protección del interés general es indiscutible al momento de garantizar la libertad de competencia en el mercado, también se contraponen las repercusiones que su indebida aplicación pueda acarrear para los funcionarios de la SIC. Así pues, esto genera reserva y suma prudencia al momento de su aplicación como medida efectiva para la protección del mencionado derecho.

Dicho lo anterior y, de acuerdo con la posición concertada de las autoras de este análisis, se concluye como lección aprendida, que es necesaria recordar, por los efectos del caso CARDIQUE, la importancia de considerar a futuro alternativas de acciones de mejora en las facultades y funciones de la SIC, que permitan un ejercicio aún más eficiente de estas.

A su vez, se pretende lograr una actuación preferente, preventiva, suficiente y oportuna de las acciones *ex ante* y sancionatorias de la SIC en materia de colusión, acciones que deben ser acordes a la realidad actual del mercado de las compras públicas, garantizando de esta manera que se acuda a herramientas tecnológicas (IA, opciones disruptivas, entre otras) que contribuyan y reflejen avance, innovación y desarrollo de la autoridad de competencia para afrontar los retos y desafíos de una sociedad en constante crecimiento y evolución, que no necesariamente reconoce la relevación y el impacto del derecho consagrado en nuestra carta política como

principio de una economía de mercado, libre y prolija, que garantiza los derechos y deberes de todos los actores del mercado en libre competencia.

## Referencias

- Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique —CARDIQUE— (s.f.). Archivos fotográficos <https://observatorio.epacartagena.gov.co/corporacion-autonoma-regional-del-canal-del-dique-cardique/>
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Art. 13, 116, 133, 333. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-535 de 1997.
- Decreto 19 de 2012. Art. 156. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012. DO. N48308.
- Decreto 149 de 1976. Por el cual se suprime la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyen sus funciones y se revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio. Enero 27 de 1976.
- Decreto 152 de 1976. Art. 27. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Desarrollo Económico. Enero 27 de 1976.
- Decreto 2153 de 1992. Art. 4 - Num. 16. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1992. DO. N40704.
- Decreto 2153 de 1992. Art. 47 - Num. 9. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1992. DO. N40704.
- Decreto 2153 de 1992. Art. 44, 46, 47, 52. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1992. DO. N40704.
- Decreto 2974 de 1968. Por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento y se dictan otras disposiciones. Diciembre 3 de 1968.
- Decreto 3523 de 2009. Art. 19. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias. Septiembre 15 de 2009.

Decreto 4886 de 2011. Art. 23. Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 2011.

Delegatura Protección Competencia - Superintendencia Industria y Comercio. (2022). Informe Motivado Caso CARDIQUE Rad. 17- 408004. Bogotá.

Duque-Botero, J. (2022). La Competencia en la Compra Pública. Bogotá: Tirant lo Blanch - Universidad del Rosario.

Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 22 de 1993. DO. N41146.

Ley 155 de 1959. Art. 19. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1959. DO. N30138.

Ley 446 de 1998. Art. 143, 144, 145, 147. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 7 de 1998. DO. N43335.

Ley 1340 de 2009. Art. 2, 8, 17, 18, 26, 36. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Julio 21 de 2009.

Miranda-Londoño, A. (1998). Comisión de libre competencia y asuntos del consumidor Panamá. Primer congreso internacional sobre competencia. “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.

Miranda-Londoño, A., & Morales-Hernández, L.D. (2022). Análisis de las modificaciones introducidas al derecho de la competencia por la Ley 2195 de 2022. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia —CEDEC—. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

Londoño, A. (2019). La colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. Pontificia Universidad Javeriana.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE—. (2014). *Combatiendo la colusión en los procesos de contratación pública en Colombia*. Bogotá.

Ramírez, M.L., & Hernández, N. (2018). “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.

Resolución 4888 de 2020. Por la cual se corrigen unos errores formales de la Resolución No. 76936 de 2019. Febrero 13 de 2020. RAD. 17-408004.

Resolución 64389 de 2022. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. Septiembre 19 de 2022. RAD. 17-408004.

Resolución 76936 de 2019. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. Diciembre 31 de 2019. RAD. 17-408004.

Sentencia C-172 de 2014. Control atribuido de manera privativa a la superintendencia de industria y comercio en materia de libre competencia; corresponde a potestad de configuración del legislador para asignar y distribuir funciones entre distintos órganos y autoridades de la administración nacional. Marzo 19 de 2014.

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). <https://www.sic.gov.co/boletin-juridico-octubre-2017/que-es-la-colusion>

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Informe Motivado Caso CARDIQUE. RAD. 17-408004 (pp. 23- 25).

Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). *Guía práctica combatir la colusión en las licitaciones*. Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2019). Resolución 76936 de 31 de diciembre. Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2020). Resolución 4888 del 13 de febrero. Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2022). Resolución 64389 del 19 de Septiembre.  
Bogotá. pp. 1-2.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2023).

[https://www.sic.gov.co/nombramientos?field\\_tipo\\_de\\_norma\\_value=10&field\\_anos\\_value=2023](https://www.sic.gov.co/nombramientos?field_tipo_de_norma_value=10&field_anos_value=2023)