



DECLARATORIA DE FALLIDO

GRUPOS Nos 6, 7, 10, 11, 12 y 13 - CONVOCATORIA PÚBLICA No. 007 DE 2019

OBJETO: “IMPLEMENTAR LA ESTRATEGIA OBRAS PDET A TRAVÉS DE LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES ENFOCADAS AL FORTALECIMIENTO COMUNITARIO Y DE CONTROL SOCIAL, MEDIANTE LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE BAJA ESCALA Y RÁPIDA EJECUCIÓN QUE CONTRIBUYAN A LA RECONSTRUCCIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA DE LAS COMUNIDADES ASENTADAS EN LOS TERRITORIOS OBJETO DE INTERVENCIÓN.”

El Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019 actuando como vocero y administrador del Fondo Colombia en Paz, y en atención a la instrucción emitida por el Comité Fiduciario del Fondo Colombia en Paz en Sesión No 85 realizada el día 14 de noviembre de 2019, de conformidad con lo señalado en el numeral 7.4.4 “DECLARATORIA DE FALLIDO” del Manual de Contratación del FCP (V 4.0), y el Numeral 6.2 “DECLARATORIA DE FALLIDA” del Análisis Preliminar de la Convocatoria Publica No. 007 de 2019 literal c) “Cuando se presenten factores que impidan la selección objetiva del contratista” declara FALLIDOS los GRUPOS Nos 6, 7, 10, 11, 12, y 13 de la Convocatoria Publica No. 007 de 2019, ya que existen causas y motivos que impiden la selección objetiva de los proponentes, relacionadas con el régimen legal y constitucional de competencia, con base en la manipulación de criterios en dichos grupos y el incremento artificial de las posibilidades de asignación del contrato, tal y como se procede a explicar.

HECHOS:

- a) Que, mediante la expedición del Decreto 691 de abril 27 de 2017 el Gobierno Nacional sustituyó el “Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto”, creado por el artículo 116 de la Ley 1769 de 2015 y modificado por el artículo 130 de la Ley 1815 de 2016, por el “Fondo Colombia en Paz (FCP)”, como un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de Presidencia de la República, sin estructura administrativa propia, administrado por una o varias sociedades fiduciarias públicas
- b) Atendiendo lo dispuesto en el Decreto 691 de 2017, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República — DAPRE con el fin de dar continuidad al objeto y finalidad del Decreto 691 de 2017, el día 27 de marzo de 2018 celebró con el CONSORCIO FCP 2018, administrado por la Fiduciaria La Previsora - FIDUPREVISORA S.A., el Contrato de Fiducia Mercantil No. 001 de 2018, cuyo objeto consiste en: “Constitución de un patrimonio autónomo para que sea administrado por la FIDUCIARIA, con el fin de que ésta en su calidad de vocera, administre, contrate y pague, con cargo a los recursos que pertenecen al Fondo Colombia en Paz (FCP), de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 691 de 2017 y demás normatividad que lo derogue, modifique, adicione o complemente.”
- c) El 29 de marzo de 2019, el Consorcio FCP 2018, actuando como vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo Colombia en Paz PA-FCP, publicó la Convocatoria Pública No 007 de 2019, recomendación realizada al Comité Fiduciario mediante Comité Técnico del 22 de marzo de 2019 y aprobado en Comité Fiduciario No. 45 del 28 de marzo de 2019, la cual tiene las siguientes características:

OBJETO: “IMPLEMENTAR LA ESTRATEGIA OBRAS PDET A TRAVÉS DE LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES ENFOCADAS AL FORTALECIMIENTO COMUNITARIO Y DE CONTROL SOCIAL, MEDIANTE LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE BAJA ESCALA Y RÁPIDA EJECUCIÓN QUE CONTRIBUYAN A LA RECONSTRUCCIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA DE LAS COMUNIDADES ASENTADAS EN LOS TERRITORIOS OBJETO DE INTERVENCIÓN”.



PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución del contrato que surja del presente proceso iniciará a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, y será de trece (13) meses.

PRESUPUESTO ESTIMADO: El PA-FCP, cuenta con un presupuesto total, para los 13 grupos de **CIENTO CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$ 151.723.360.883)** incluido IVA y demás gravámenes e impuestos a que haya lugar conforme al siguiente cuadro y regiones:

No.	Grupo	No. de Municipios	Presupuesto Total
1	ALTO PATÍA Y NORTE DEL CAUCA	22	\$ 28.705.132.226
2	ARAUCA	3	\$ 4.138.501.159
3	BAJO CAUCA Y NORDESTE ANTIOQUEÑO	6	\$ 8.132.591.371
4	CATATUMBO	5	\$ 6.912.205.792
5	CHOCÓ	11	\$ 15.067.113.510
6	CUENCA DEL CAGUÁN Y PIEDEMONTE CAQUETEÑO	11	\$ 14.800.941.992
7	MONTES DE MARÍA	15	\$ 20.093.335.267
8	PACÍFICO MEDIO	4	\$ 5.672.083.913
9	PACÍFICO Y FRONTERA NARIÑENSE	10	\$ 11.190.082.338
10	SIERRA NEVADA-PERIJÁ-ZONA BANANERA	11	\$ 14.746.002.410
11	SUR DE BOLÍVAR	7	\$ 9.500.530.994
12	SUR DEL TOLIMA	3	\$ 3.261.224.649
13	URABÁ ANTIOQUEÑO	7	\$ 9.503.615.262
	TOTALES	115	\$ 151.723.360.883

- d) El 26 de abril de 2019, se realiza el acta de cierre de la Convocatoria Publica No. 007 de 2019, en la cual se verifica que fueron presentadas 63 propuestas.
- e) El 21 de mayo de 2019, se publica la respuesta a las observaciones del Informe Preliminar, informe definitivo y la declaratoria de fallido de los grupos 4 y 9, según Comité Técnico del 17 de mayo de 2019.
- f) En atención a la declaratoria de fallido del grupo 4 y 9 de la Convocatoria Publica No 007 de 2019, el 5 de junio de 2019, se publicó el Aviso de convocatoria, Análisis Preliminar y Anexos de la Convocatoria Publica No. 013 de 2019.
- g) Que el 30 de julio de 2019, el ciudadano Eduardo Torres Corredor presentó ante el Consorcio una denuncia mediante la cual advirtió la ocurrencia de ciertas irregularidades presentadas en las Convocatorias Públicas 07 y 13 de 2019. Respecto a la Convocatoria Pública 07 de 2019, el denunciante afirmó que la Unión Temporal Desarrollo Montes de María (Grupo 7), conformada por PROINMAT y COLMUCCOOP, acreditó su experiencia de forma “errónea”,



comoquiera que presentó los contratos G-004-2010, y G-003 de 2010, que tenían objetos contractuales similares y con los mismos errores ortográficos. Según el denunciante, estos contratos también fueron presentados para acreditar experiencia en el Grupo 2 (Región Pacífico y Frontera Nariñense) de la Convocatoria 013 de 2019. Frente a estos contratos, mencionó *“se nota que son totalmente falsos”*, pues *“ambos contratos son firmados el mismo día, para la misma zona y por valores diferentes”*. Para soportar su afirmación, aportó capturas de pantalla en las que se evidencia que los contratos G-004 de 2010 y G-003 de 2010 fueron suscritos el 1 de febrero de 2010, con valores distintos.

En el mismo sentido, el denunciante afirmó que COLMUCCOOP acreditó su experiencia con dos contratos, presuntamente diferentes, el COL-006-2010 y el COL-007-2010, pero a los cuales únicamente le cambió unas *“pocas palabras en su descripción”*. Asimismo, mencionó que *“[e]n donde alguna de las empresas no participa, certifica los contratos como si los subcontratara con ellos, tal es el caso de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACIÓN S.A.S. que en el caso de la unión temporal CATATUMBO está asociada con la cooperativa COLMUCCOOP. Pero donde ellas no son socias entonces le certifica la experiencia”*.

Por otro lado, señaló que *“al revisar los estados financieros de la empresa que SUPUESTAMENTE los certifica, de acuerdo en lo reportado en otras licitaciones, OBCVILES S.A. no cuenta con un capital para pagar esa cantidad de dinero, y de haberlo realizado lo hizo por fuera del sistema financiero y sin haberlo reportado a la DIAN, esa operación recíproca”*.

Por último, la denuncia hace referencia a que, por un lado, los contratos G-003 de 2010 y G-004-2010 y los contratos COL-003-2010 y COL-005-2010, estos últimos aportados por la Unión Temporal Desarrollo Sur Bolívar presentan una descripción del objeto bastante similar. La misma situación se presenta, en palabras del denunciante, con la Unión Temporal Desarrollo Catatumbo, quien le cambió la denominación a los contratos GC-014-2011 y GC-06-2016, y los presentó denominados como F-002-2010 y F-003-2010.

En cuanto a la Convocatoria 013 de 2019, el denunciante manifestó que *“las empresas con las que hacen unión temporal cuentan con la misma dirección, el mismo teléfono y hasta son el mismo contador y revisor fiscal”*.

- h) El 9 de agosto de 2019, en consideración a lo determinado en Sesión No 69 del Comité Fiduciario del FCP se ordenó la suspensión temporal de la Convocatoria Pública No. 007 de 2019 y la Convocatoria Abierta No 013 de 2019.
- i) Que, con ocasión de la finalización del plazo de ejecución del Contrato Fiduciario No. 001 de 2018, se suscribió el Contrato de Fiducia Mercantil No. 001 de 2019 el 6 de septiembre de 2019, entre el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA y el CONSORCIO FONDO COLOMBIA EN PAZ 2019, conformado por FIDUPREVISORA S.A., FIDUCOLDEX S.A., FIDUCENTRAL S.A., y FIDUAGRARIA S.A., cuyo objeto es, *“Suscribir un contrato de Fiducia Mercantil para la administración, contratación y pagos con cargo a las diferentes fuentes de recursos que se asignen al Fondo Colombia en Paz (FCP), creado como un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 691 de 2017 y demás normatividad que lo modifique, adicione o complemente”*.
- j) Que, los actos de gestión y la contratación derivada de los Patrimonios Autónomos se rigen por las normas de derecho privado aplicables al asunto, lo anterior en consonancia con el artículo No. 1 del Decreto Ley 691 de 2017: *“Los actos, contratos y actuaciones del Fondo Colombia en Paz (FCP) se regirán por el derecho privado, observando,*



en todo caso, los principios de objetividad, moralidad, razonabilidad, transparencia, eficiencia y economía.” Por lo anterior, se rige por las estipulaciones plasmadas en los análisis preliminares, las normas comerciales y civiles que gobiernan la materia, y los principios consagrados en la Constitución Política, en especial los artículos 209 y 267, incluido el régimen de responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley

FUNDAMENTO LEGAL:

Según la reciente doctrina de la SIC¹, las entidades de derecho privado están sujetas al régimen de protección de la competencia, y en ocasiones, también, a aquellos tipos especiales de conductas reprochables que se dirigen a analizar el comportamiento de entidades de derecho público, si del conjunto de reglas (principios, manuales, regulación, etc.) a las que se encuentran sometidas, es posible derivar la aplicación de las normas de competencia.

En el caso concreto, existen unos principios establecidos en el Manual de Contratación y en las normas aplicables a los procesos de contratación adelantados por el Patrimonio Autónomo Fondo Colombia en Paz, así:

“1.4.1 Principios Rectores

En desarrollo de la actividad contractual del FCP se tendrán en cuenta, aunque sin limitarse a ellos, los siguientes principios:

2. Transparencia: el proceso de contratación deberá realizarse con base en procedimientos de selección objetiva y reglas claras que garanticen la calidad, imparcialidad e igualdad de oportunidades para todos los contratistas, proponentes u oferentes.

(...)

5. Eficacia: el FCP propenderá para que el proceso de contratación logre su finalidad. Las decisiones de contratación del FCP, implicarán la realización de un análisis preliminar, con miras a obtener la mejor relación costo - beneficio en el marco de cada proceso contractual y buscar el logro del máximo rendimiento en los aspectos técnicos, económicos, temporales, de calidad y de cualquier otro tipo, relacionados con el objeto de la contratación.

10. Selección objetiva: el FCP escogerá el ofrecimiento más favorable a los intereses y a los fines que busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés o motivos subjetivos en la contratación. Este principio tiene como finalidad la protección de los intereses y recursos administrados, evitando que la contratación dependa de razones personales o a intereses particulares de quienes intervienen en ella. En los procesos de selección de contratistas se privilegiarán las condiciones técnicas, económicas y de calidad de la oferta.

(...)

¹ SIC, Resolución de Sanción No. 3150 de 2019 (Caso FONADE); SIC, Resolución de Apertura 34188 de 2018 (Caso BMC)



15. Libre competencia: Se adoptarán en los procedimientos de selección los mecanismos que garanticen la participación de los eventuales oferentes, en condiciones tales que no impliquen restricciones técnicas, legales o económicas injustificadas.

16. Eficiencia: En virtud de este principio, se obtendrá un buen rendimiento dentro de la gestión contractual. Se refleja en el establecimiento de selección objetiva que se encuentren regladas, incluyendo términos perentorios, fijando etapas de planeación para la formulación de requisitos y características pertinentes a la finalidad.”²

Siguiendo la interpretación de la SIC, los principios establecidos en el Manual de Contratación del Fondo Colombia en Paz instrumentalizan y permiten dar aplicación al régimen de protección de la competencia, que entre otras cosas establece la necesidad de:

- La libre competencia, que garantiza la no restricción de la rivalidad entre los proponentes que participen en los procesos de selección;
- El principio de selección objetiva que permite que el proceso de contratación atienda a criterios objetivos con el fin de proteger los recursos e intereses de los beneficiarios del proceso contractual;
- El principio de transparencia que establece que la selección del contratista debe atender a criterios objetivos que permitan garantizar la igualdad e imparcialidad en el proceso de selección;
- La eficiencia que permite al contratante obtener el mejor precio y rendimiento en la gestión contractual; y
- La eficacia que permite la ejecución de la finalidad del proceso de selección.

Dichos principios cobrarían especial valor si se tiene en cuenta que, en el Manual de Contratación del Fondo Colombia en Paz, se encuentra prevista la aplicación directa de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), el cual contiene la prohibición y sanción expresa de las conductas de colusión.

Aunado a lo anterior, es de anotar que las normas del régimen colombiano de protección de la competencia que prohíben las conductas de colusión tienen como finalidad, además de preservar la competencia en los procesos de contratación, proteger y salvaguardar la eficiente ejecución de los recursos públicos (como los del Fondo, según lo estableció la Corte Constitucional³). Lo anterior, teniendo en cuenta que la colusión y las prácticas anticompetitivas en procesos de contratación de naturaleza pública o privada que comprometan recursos públicos, son una forma de desnaturalizar el proceso eficiente en la asignación de dichos recursos con independencia de si el efecto pretendido por los infractores se produce o no.

Adicionalmente, la OCDE ha señalado que las normas de competencia deben tener como objetivo preservar los escenarios de competencia en los procesos de contratación adelantados por organizaciones sean de naturaleza pública o privada. Lo anterior, comoquiera que las conductas anticompetitivas y de colusión conllevan consecuencias económicas negativas y desincentivan la participación de compañías competidoras en los procesos de contratación.

² Manual de Contratación https://www.fiduprevisora.com.co/documents/Fondo%20Colombia%20en%20Paz/Manuales/06-08-2018/FCP_ManualContratacion_v3.0_ComiteFidu_17_03.08.18.pdf

³ En la sentencia C-438 de 2017, la Corte Constitucional, se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 691 de 2017, mediante el cual se creó el Fondo, y entre otras cosas, sostuvo que “[u]na garantía adicional para la administración y ejecución de los recursos públicos que harán parte de este fondo es la inclusión de los principios de la función pública y la contratación estatal en este modelo”. Frente a lo anterior, la Corte señaló que, los procesos de selección adelantados por el Fondo se debían someter a los principios de la contratación estatal, de la función pública y los generales de derecho.



Al respecto, la OCDE señaló:

“La colusión entre oferentes tiene lugar cuando las empresas conspiran entre sí para aumentar los precios o disminuir la calidad de bienes y servicios que son adquiridos por organizaciones públicas y privadas mediante un proceso de licitación, en lugar de que las empresas compitan auténticamente unas con otras para ganar una licitación. La colusión entre oferentes en procesos de contratación es un tipo muy específico de colusión o de actividad de cártel con consecuencias importantes y negativas económicamente. (...)

Las instituciones públicas y privadas a menudo recurren a procesos de licitación competitiva para obtener un mayor valor por el dinero que invierten. Lo deseable en este caso es obtener precios bajos y mejores productos, pues esto se refleja en ahorro de recursos o liberación de los mismos para utilizarse en otros bienes y servicios”⁴

De conformidad con lo anterior, el régimen de protección de la competencia resulta aplicable a las Convocatoria Públicas y/o Abiertas adelantadas por el Consorcio en su calidad de administrador del Fondo Colombia en Paz, comoquiera que:

- (i) Según la reciente doctrina de la SIC, una entidad de derecho privado está sujeta al régimen de protección de la competencia, y aun a aquellos tipos especiales aplicables a los procesos de contratación públicos, si del conjunto de reglas (principios, manuales, regulación, etc.) a las que se encuentra sometida es posible derivar la aplicación de dichas normas de competencia, de hecho la SIC ha adelantado investigaciones por colusión y conductas anticompetitivas en procesos de contratación en los que intervienen, únicamente, entidades de derecho privado pero comprometen recursos públicos;
- (ii) Las normas del régimen colombiano de protección de la competencia que prohíben las conductas de colusión tienen como finalidad además de preservar la competencia en los procesos de contratación, proteger y salvaguardar la eficiente ejecución de los recursos públicos;
- (iii) La propia OCDE ha señalado que las normas que sancionan la colusión pueden ser aplicables a procesos de contratación adelantados por organizaciones públicas o privadas; y
- (iv) El Manual de Contratación del Fondo prohíbe los actos de corrupción, entre los que se encuentra por supuesto, la colusión.
- (v) Artículo 333 de la Constitución política señala. *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.”*

Lo anterior, sin perjuicio de que las actuaciones, actos, contratos y administración del Fondo se rijan por el derecho privado, tal y como lo establece el Decreto Ley 691 de 2017, mediante el cual se constituyó el Fondo.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohíbe, de forma general, cualquier acuerdo o práctica tendiente a limitar la libre competencia o fijar precios inequitativos.⁵ Un acuerdo entre dos oferentes actuales o potenciales encaminado a disminuir o

⁴ OCDE. Documento para Colombia. “Fighting Bid Rigging”. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

⁵ Artículo 1, Ley 155 de 1959. “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de



eliminar la competencia o aumentar el precio que paga la Entidad contratante, configura una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Lo mismo ocurrirá cuando los oferentes en un proceso de contratación simulan ser competidores, cuando en realidad solo existe un beneficiario real a través de diferentes empresas.

El Decreto 2153 de 1992, por su parte, establece un catálogo de conductas específicas que se consideran contrarias a la libre competencia. En relación con las restricciones a la libre competencia en procesos de contratación pública o privada, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, señala que son ilegales los acuerdos que: “(...) *tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas*”. Esta conducta abarca todos los acuerdos entre competidores para restringir o eliminar la competencia en el marco de proceso de contratación.⁶

De conformidad con lo anterior, la SIC interpretando las normas sobre protección de la competencia, ha establecido que en el marco de un proceso de contratación pública se pueden presentar tres tipos de prácticas anticompetitivas:

1. Acuerdos entre competidores para limitar la presentación de ofertas, para no competir al interior del proceso de contratación y/o distribuir la adjudicación de contratos, por ejemplo, realizando uniones temporales entre oferentes que podrían haberse presentado individualmente a ofertar, con el objeto de obtener el pago de un mayor precio por parte de la entidad;
2. La presentación de ofertas por parte de un oferente que, siendo beneficiario real de varias empresas, las presenta como proponentes “independientes” simulando competencia entre ellas, cuando realmente las mismas pertenecen a un mismo beneficiario y hacen propuestas para incrementar la probabilidad de que una de ellas sea la adjudicataria.
3. Acuerdos entre un oferente y un funcionario de la entidad contratante para afectar la competencia en el proceso de contratación, típicamente a través del direccionamiento del contrato en favor de un contratista (por ejemplo, diseñando los términos de contratación de manera favorable para uno de los competidores, sin la participación de los demás, u otorgándole información confidencial a uno de los oferentes que le permita realizar una mejor oferta);

La SIC ha calculado con base en estudios técnicos y cifras de la OCDE, que los carteles o acuerdos anticompetitivos fijan artificialmente los precios del mercado entre el 15% y el 60% por encima de los precios de competencia, siendo el promedio del sobreprecio en un cartel el 30%.⁷ Esto implica que en los procesos de contratación en que se restringe la competencia, la Entidad contratante está perdiendo recursos económicos que potencialmente equivalen al 30% del valor de lo contratado, y que podrían ser destinados a otras compras.

prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.”

⁶ La SIC puede demostrar la existencia de un acuerdo entre competidores de forma directa o indirecta. Lo hace de forma directa cuando encuentra correos electrónicos u otras pruebas entre competidores en los que existe un entendimiento sobre la forma en que cada uno de ellos presentará (o no) su oferta dentro del proceso. Así, por ejemplo, un correo o mensaje de datos que demuestre que existe un entendimiento para que un oferente se ponga de acuerdo para conformar una unión temporal para sacar a competidor será prueba directa de un acuerdo anticompetitivo. Por otra parte, la SIC demuestra la existencia de un acuerdo de forma indirecta cuando, si bien no existe prueba de un entendimiento expreso entre los competidores (por ejemplo a través de un mensaje de datos en el que acuerdan presentar las mismas observaciones ante la Entidad contratante), sí existe evidencia del intercambio de información sensible entre ellos, que permite a cada competidor conocer de antemano la estrategia del otro, lo que le permitirá diseñar una estrategia para reducir la competencia.

⁷ SIC. “*Por cartelización empresarial en papel higiénico y otros papeles suaves, Superindustria sanciona a 4 empresas productoras*”. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-papel-higienico-y-otros-papeles-suaves-superindustria-sanciona-a-4-empresas-productoras>



Ahora bien, las prácticas restrictivas de la competencia, incluyendo las que se presentan en los procesos de contratación, se caracterizan por ser secretas, veladas o clandestinas, lo cual las hace difícil de detectar por parte de la entidad contratante y/o las autoridades competentes. No obstante, lo anterior, a continuación, se procederá a hacer el análisis jurídico, técnico y factico que permitan soportar debidamente la decisión.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

Existen patrones y herramientas prácticas reconocidas por la SIC y por la OCDE para detectar conductas anticompetitivas en los procesos de contratación, las cuales serán implementados a continuación para determinar si los indicios y comportamientos de COLMUCCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones en las Convocatorias 07 y 13 de 2019, adelantadas por el Consorcio, podrían llegar a configurar una conducta anticompetitiva:

Teniendo en cuenta la etapa de presentación de ofertas y evaluación de las Convocatorias Públicas adelantadas por el Consorcio, a continuación, se exponen algunos patrones o prácticas que, desde la perspectiva de la teoría de juegos, pueden indicar que los oferentes presuntamente incurrieron en una conducta anticompetitiva.

En concreto, las señales de conducta han sido desarrollados por la OCDE y acogidos por la SIC en sus decisiones. Es de anotar, que según los precedentes de la SIC, en los casos de colusión y conductas anticompetitivas en procesos de contratación, *“la prueba indiciaria juega un papel fundamental, en la medida en que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, precisamente por el carácter secreto de las mismas”*⁸.

En línea con lo señalado, a continuación, se presentan unas señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria o una práctica anticompetitiva en un proceso de contratación:

- Cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.
- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.
- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.
- Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma Independiente.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.

⁸ Resolución 3150 de 2019.



- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

Asimismo, la SIC ha identificado una serie de estrategias o esquemas de conductas anticompetitivas que suelen usar los proponentes para lograr su adjudicación:

- *“Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.*
- *Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación -media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.*
- *Supresión de ofertas o no presentación de las mismas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.*
- *Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.”⁹*

De acuerdo con lo expuesto, procedemos a presentar los elementos indiciarios detectados en el comportamiento y en las ofertas presentadas por COLMUCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones en las Convocatorias 07 y 13 de 2019, adelantadas por el Consorcio. Dichos indicios podrían evidenciar que los mencionados oferentes incurrieron en conductas anticompetitivas para simular ser rivales, con el fin de resultar adjudicatarios de varios de los Grupos de las Convocatorias 07 y 13 de 2019. Lo anterior, teniendo en cuenta la prohibición expresa dispuesta en los pliegos de condiciones de la Convocatoria 07 de 2019, consistente en que un mismo proponente no puede presentar oferta en más de tres Grupos de dicha Convocatoria.

Al respecto, adviértase que COLMUCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones, se presentaron, en diversas formas jurídicas, en seis de los trece grupos (regiones) de la Convocatoria 07 de 2019, y en los dos grupos de la Convocatoria 13 de 2019, lo cual quiere decir que abarcaron un total de ocho de los trece grupos de las Convocatorias 007 y 013 de 2019, adelantadas por el Consorcio. Para su participación, las cuatro compañías se intercalaron entre ellas para presentarse de modo individual (únicamente PROINMAT) y en distintas uniones temporales, con distintas participaciones, con el fin de elevar sus posibilidades de adjudicación del proyecto en los distintos grupos de las Convocatorias.

Las propuestas presentadas por las distintas uniones temporales conformadas por COLMUCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones, tienen numerosas similitudes que no se compadecen con un escenario de plena competencia entre los proponentes, pues a pesar de que las estructuras plurales conformadas no se presentaron a un mismo Grupo (región), existen elementos indiciarios que permiten sospechar alguna coordinación entre los miembros de las uniones temporales, que podría tener como objetivo aumentar sus posibilidades de adjudicación en la Convocatoria. Entre los elementos indiciarios se encuentran los siguientes:

- (i) La subcontratación y certificación de la experiencia entre los mismos integrantes de las uniones temporales;
- (ii) El hecho de que COLMUCOOP, FC Construcciones y PROINMAT tengan la misma dirección de domicilio principal;
- (iii) El hecho de que las ofertas de las distintas uniones temporales hayan recibido las mismas observaciones por parte de la Entidad contratante;

⁹ SIC. Resolución de Apertura 3150 de 2019 (Caso BMC).



- (iv) La presentación en formatos similares, casi idénticos, de las portadas de las ofertas y las tablas de contenido por parte de los proponentes mencionados, a pesar de que éste no haya sido provisto por la Entidad contratante;
- (v) La presentación de pólizas de seguros expedidas por la misma aseguradora, en la misma sucursal, en la misma fecha y con números consecutivos;
- (vi) La presentación de ofertas de las distintas uniones temporales en horario consecutivo y
- (vii) La presentación de dictámenes de revisor fiscal con la misma fecha de elaboración, con la misma revisora fiscal y con los mismos errores ortográficos.

Explicamos a continuación cada uno de estos elementos indiciarios.

1. Los oferentes COLMUCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones acreditaron la experiencia requerida en el pliego de condiciones a través de certificaciones mutuas

Las uniones temporales conformadas por COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, FC Construcciones y PROINMAT, acreditaron a través de certificaciones mutuas el requisito habilitante de experiencia, por ejemplo, COLMUCOOP certificó la experiencia de FC Construcciones, y SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S certificó la experiencia de PROINMAT. Adicionalmente, los contratos aportados presentan una definición del objeto contractual bastante similar.

Al respecto, según el numeral 3.16.1 del pliego de condiciones de la Convocatoria No. 07 de 2019, los proponentes tendrían por acreditado el requisito de experiencia habilitante mediante el aporte de las constancias de máximo seis (6) contratos, así:

- a) Dos (2) contratos o convenios de gerencia, dirección, coordinación o implementación de proyectos de infraestructura con un valor igual o superior al 50% del total del presupuesto oficial para cada Grupo;
- b) Dos (2) contratos de estructuración o ejecución de proyectos de infraestructura civil con un valor igual o superior al 60% del total del presupuesto oficial para cada grupo y
- c) Dos contratos (2) que tengan como objeto el fortalecimiento comunitario o social, o la formalización de organizaciones sociales o comunitarias, o desarrollos de procesos de control social, veedurías o interventorías ciudadanas.

En el caso en concreto, la UT Desarrollo Sur de Bolívar (Grupo 11) y la Unión Temporal Desarrollo Urabá Antioqueño (Grupo 13), conformadas por FC Construcciones y SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, presentaron en sus respectivas propuestas unas certificaciones de experiencia en las que presuntamente COLMUCOOP contrató o subcontrató a FC Construcciones para realizar actividades de “*gerencia, coordinación y dirección*” de proyectos en varios municipios de Colombia.

Asimismo, la UT Desarrollo Montes de María (Grupo 7), conformada por FC Construcciones, COLMUCOOP y PROINMAT, aportó certificaciones en los que presuntamente COLMUCOOP subcontrató a FC Construcciones para ejecutar actividades de “*fortalecimiento comunitario y social*” en municipios de Colombia.

Lo misma práctica se replicó para la UT Desarrollo Sierra Nevada (Grupo 10), conformada por COLMUCOOP y PROINMAT, en la cual presuntamente SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S contrató a PROINMAT para prestar actividades de formación educativa.



2. Idéntica dirección del domicilio principal de los oferentes COLMUCCOOP, FC Construcciones y PROINMAT

En los certificados de existencia y representación de COLMUCCOOP, PROINMAT, y FC Construcciones allegados con sus respectivas propuestas, se evidenció que los tres oferentes coinciden en tener la misma dirección de domicilio principal en Palermo, Huila.

3. Idénticos formatos de presentación de la oferta, a pesar de que estos no son provistos por la Entidad contratante

Las ofertas presentadas en las Convocatorias 7 y 13 de 2019 por COLMUCCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones, tenían un mismo formato, a pesar de que éste no había sido provisto por el Consorcio.

4. Mismos errores en la presentación de las ofertas

En el informe de verificación jurídica preliminar, se observó que las uniones temporales conformadas por COLMUCCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones, presentaron certificados de existencia y representación con más de treinta días de expedición, lo cual implicó que dichas compañías tuvieran que subsanar su oferta para cumplir con los requisitos habilitantes jurídicos.

5. Pólizas de seriedad de la oferta expedidas con números consecutivos

Las pólizas de seriedad de la propuesta económica presentadas por las uniones temporales conformadas por COLMUCCOOP, PROINMAT, FC Construcciones y SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S resultaron expedidas por la misma compañía de seguros, en las mismas fechas, en la misma sucursal y con números de póliza consecutivos.

En efecto, las pólizas de seriedad de la oferta económica presentadas por la UT Desarrollo Cuenca Piedemonte, la UT Desarrollo Urabá Antioqueño y la de PROINMAT tienen números consecutivos de pólizas y fueron expedidas en la misma fecha, por la misma compañía de seguros y en la misma sucursal. Incluso, las tres pólizas fueron pagadas a la misma hora y el origen del dinero pertenece a la misma cuenta corriente.

Situación similar, se replica con las pólizas de seriedad de la oferta económica presentadas por la UT Desarrollo Montes de María y la UT Desarrollo Sierra Nevada.

6. Hora de presentación de las ofertas

En el mismo sentido, en las propuestas presentadas, que cuentan con un sello de radicación, puede evidenciarse que las mismas fueron radicadas en horarios consecutivos en dos tiempos, unas el 23 de abril de 2019 y otras el 26 de abril de 2019.

Con respecto a la Convocatoria Publica No. 007, el 23 de abril del 2019, presentaron sus ofertas PROINMAT, como proponente individual para el Grupo 12 a las 9:11:25 a.m.; la Unión Temporal Desarrollo Cuenca Piedemonte (Grupo 6) a las 9:15:48 a.m.; la Unión Temporal Desarrollo Urabá Antioqueño (Grupo 13) a las 9:15:59 a.m. y la Unión Temporal Desarrollo Sur de Bolívar (Grupo 11) a las 9:18:25 a.m.



Por su parte, el 26 de abril del 2019, la UT Desarrollo Montes de María (Grupo 7) presentó su propuesta a las 9:20:29 a.m., y la Unión Temporal Desarrollo Sierra Nevada (Grupo 10) a las 9:21:44 a.m.

7. Dictamen de revisoría fiscal

De acuerdo con el Términos y Condiciones Contractuales de la Convocatoria Pública No. 07 de 2019, los proponentes debían presentar con el Anexo 13 un dictamen de sus Estados Financieros, debidamente firmado por un Revisor Fiscal. Así, los dictámenes presentados por PROINMAT, la UT Desarrollo Cuenca Piedemonte, la UT Desarrollo Montes de María, y la UT Desarrollo Sierra Nevada, mostraron varias similitudes.

En efecto, las similitudes de los dictámenes consisten en:

- (i) Estar elaborados por la misma Revisora Fiscal, Rosa Herlinda Muñoz;
- (ii) Tres de los cuatro dictámenes tienen la misma fecha de elaboración (18 de febrero de 2018), según se enuncia en su encabezado¹⁰; y
- (iii) Todos tienen los mismos errores ortográficos, por ejemplo, “*el manuales*”, “*El estados de Cambios en el Patrimonio*”, o “*al ejercicios económico 2017*”, cuya ocurrencia de forma espontánea es improbable¹¹.

CONCLUSIÓN:

Con base en los indicios derivados de las ofertas presentadas por las uniones temporales conformadas por COLMUCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones, es posible afirmar que existe un alto riesgo de que los mencionados proponentes hayan incurrido en una conducta anticompetitiva en la presentación de sus ofertas. En efecto, los indicios analizados permiten establecer la existencia de dos tipos de conductas anticompetitivas:

1. Un presunto acuerdo o colusión entre COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, PROINMAT y FC Construcciones, violatorio del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el que los proponentes simularon ser rivales, con el fin de incrementar las posibilidades de adjudicación (al participar en más grupos) y disminuir la competencia entre ellos; y
2. Una práctica anticompetitiva violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, mediante el cual COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, PROINMAT y FC Construcciones, se presentaron como “independientes” en varios de los grupos de la Convocatoria 7 y 13 de 2019, a pesar de que responden a un único beneficiario real. Es decir, se trata de un único agente de mercado que actúa bajo la fachada de varios competidores. Dicha conducta tendría como objeto aumentar las posibilidades de adjudicación, teniendo en cuenta que podría presentarse a más de tres grupos (regiones) de la convocatoria, lo que implica superar la restricción.

¹⁰ El dictamen de revisoría fiscal de PROINMAT como proponente individual para el Grupo 12 fue elaborado el 24 de marzo de 2018 según su encabezado.

¹¹ Estos dictámenes pueden encontrarse a partir de los folios 127 de la propuesta de PROINMAT, 188 de la Unión Temporal Desarrollo Sierra Nevada, 137 de la Unión Temporal Desarrollo Cuenca Piedemonte, y 204 de la Unión Temporal Desarrollo Montes de María.



La anterior conclusión se basa en la presencia de un número considerable de elementos indiciarios evidenciados en las ofertas presentadas por las uniones temporales integradas por COLMUCOOP, PROINMAT, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S y FC Construcciones, que se advierten a continuación:

- A. La presencia de similitudes entre las propuestas presentadas mediante estructura plural por parte de los proponentes en cuestión, cuáles son las portadas de las ofertas, las pólizas de seguros consecutivas, la hora de radicación de las ofertas, los errores en la presentación de las ofertas y los dictámenes del revisor fiscal;
- B. El hecho de que COLMUCOOP le haya certificado experiencia a FC Construcciones y que SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACIÓN S.A.S lo haya hecho para PROINMAT. Lo anterior, aunado a que los proponentes no lograron soportar los pagos realizados por la prestación de los servicios, lo cual podría comprobar el ambiente colaborativo que existía entre los proponentes;
- C. La existencia de una relación previa, teniendo en cuenta el hecho de que COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACIÓN S.A.S y FC Construcciones compartan las mismas oficinas, y que en el pasado hayan desarrollado proyectos conjuntos;
- D. La existencia de funcionarios que trabajen simultáneamente para las cuatro compañías, como se demostró con el revisor fiscal;

Dicho comportamiento habría resultado exitoso, comoquiera que, una vez realizada la evaluación sobre las propuestas presentadas por los distintos oferentes en las Convocatorias 07 y 13 de 2019, el Comité evaluador habría evidenciado que las distintas uniones temporales conformadas por COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, PROINMAT y FC Construcciones, resultarían adjudicatarias en algunos de los grupos a los que se habrían presentado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el comportamiento de cooperación entre dichos proponentes habría permitido que incrementaran las probabilidades de adjudicación de un 23% de haber cumplido con las reglas y presentarse solo a tres grupos a un 61.5%.

Con base en lo expuesto, los indicios y señales de advertencia frente a los proponentes COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, PROINMAT y FC Construcciones impiden que el Fondo Colombia en Paz pueda asignar los contratos en los Grupos en los que dichas compañías presentaron oferta comoquiera que, con su comportamiento manipularon los criterios objetivos de selección del adjudicatario y desnaturalizaron el escenario de competencia propio del proceso de contratación.

De hecho, COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, PROINMAT y FC Construcciones crearon un ambiente colaborativo propicio para la simulación de rivalidad, con el objeto de incrementar sus posibilidades de adjudicación en el proceso de selección y poder acreditar los requisitos técnicos de habilitación. Dicha circunstancia impide que el Fondo Colombia en Paz pueda seleccionar a un contratista de acuerdo con criterios objetivos, en todos los grupos en donde se dio la participación de dichos proponentes.

Lo cual incluso, se contradice con la responsabilidad adquirida por dichos proponentes mediante el “*Compromiso Anticorrupción*” (Anexo 11), el cual prohíbe directamente la colusión entre los participantes de la Convocatoria 07 y 13 de 2019.



En efecto, COLMUCOOP, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ESTUDIOS PARA LA EDUCACION S.A.S, PROINMAT y FC Construcciones, no se ciñeron a los procedimientos que garantizan la libre competencia y la selección objetiva de los contratistas, los cuales instruyen en la presentación de ofertas independientes y sin estrategias previamente pactadas, condiciones que no se dan en el presente caso en el que existen sólidos indicios de que dichos participantes incurrieron en una conducta anticompetitiva.

Es claro entonces que no es objetiva la selección del adjudicatario cuando se restringe indebidamente la rivalidad entre los proponentes a través de conductas anticompetitivas, dado que la entidad contratante no cuenta con información que permita seleccionar al contratista que mejor atienda sus requerimientos. Valga reiterar, que no hay motivos lógicos o de casualidad para que dos proponentes incurran en comportamientos tan coordinados y similares en un proceso de convocatoria.

En consecuencia, cualquier conducta anticompetitiva que busque alterar las condiciones objetivas que desarrollan un proceso de contratación, con el fin de brindar beneficios (a los proponentes) que permitan la asignación de un contrato, resulta no solo violatorio de las normas de libre competencia, sino también se encuentran en contravía de los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva, exponiendo al Fondo a posibles demandas en las que el juez podrá declarar la nulidad por objeto ilícito de los contratos asignados en estos Grupos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

Al respecto, debe anotarse que el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 establece que “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” (Subraya fuera del texto). De esta forma, si se llega a comprobar la ocurrencia de una práctica anticompetitiva en los grupos cuestionados en las Convocatorias 07 y 13 de 2019, podría alegarse que el contrato celebrado entre el Consorcio y quien resulte seleccionado estaría viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 1741 del Código Civil¹².

En este caso, y de declararse la nulidad por el juez, deberán retrotraerse los efectos del contrato celebrado, es decir, devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del contrato viciado¹³. Esto, a excepción de lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, respecto de lo entregado a sabiendas de la ilicitud del contrato¹⁴.

Al margen de lo anterior, debe tenerse presente que en virtud de la Obligación General No. 13 de la cláusula segunda del Contrato de Fiducia Mercantil No. 001 de 2019, y el artículo 1234 del Código de Comercio, el Consorcio tiene la obligación de *“Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”*¹⁵. Así, es deber del Consorcio impedir la materialización de la conducta que tenga la potencialidad de viciar el proceso de contratación, evitando así futuras demandas que busquen la declaratoria de nulidad de los contratos adjudicados por el Consorcio por la violación del régimen de competencia.

En consideración a lo anterior, y principalmente en ejercicio del deber de diligencia que asiste al Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019, como vocero y administrador del Fondo Colombia en Paz, y a la Agencia de Renovación del Territorio como

¹² Artículo 1741 del Código Civil: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”*.

¹³ Artículo 1746 del Código Civil *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”*.

¹⁴ Artículo 1525 del Código Civil: *“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*.

¹⁵ Artículo 1234 del Código de Comercio



El futuro
es de todos

Fondo Colombia en Paz
Consejería para la Estabilización y la Consolidación

Entidad Ejecutora, las situaciones descritas fueron puestos en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, para que dicha autoridad, en el marco de sus funciones, determine la configuración de las practicas que restringen la libre competencia considerando los indicios que fueron determinados al interior de la Convocatoria.

Dado en Bogotá D.C., el 15 de noviembre de 2019.

**CONSORCIO FONDO COLOMBIA EN PAZ 2019
ACTUANDO COMO VOCERO Y ADMINISTRADOR DEL PA FCP**

