



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 44341 DE 2001
(23 DIC. 2001)

"Por la cual se declara una caducidad sancionatoria"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. La actuación inició atendiendo la solicitud de octubre 20 de 2000 del Juzgado Treinta y Tres (33) Penal del Circuito de Bogotá, el cual remitió las piezas pertinentes a fin de que se investigaran las conductas en que habrían podido incurrir las empresas Sercopav Ltda, Datacol S.A. y Ofimarcas Ltda., al haber presentado cotizaciones a la Asamblea General de Cundinamarca, para la adquisición de equipos de fotocopiado, presuntamente bajo condiciones iguales.

Fue así como, a partir del análisis de la documentación remitida y de acuerdo con el artículo 11, números 1 y 2 del decreto 2153 de 1992, la Delegatura para la Promoción de la Competencia concluyó que existía mérito para abrir una investigación, por la presunta violación al número 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, contra las empresas Sercopav Ltda., Ofimarcas Ltda, y Datacol S.A., así como contra Gloria Inés Salamanca Caballero, Gerardo Espinosa Cortés, Hugo Eduardo Herrera, Alfonso Herrera y Juerg Degemann, quienes ejercían para la época de los hechos la representación legal y administración de tales empresas, para determinar si ejecutaron, autorizaron o toleraron conductas contrarias a la libre competencia, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO. En aplicación del debido proceso, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, mediante actos administrativos 80121-10009-10010 de 31 de julio de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO. Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio de fecha 31 de julio de 2001, se dio traslado del informe motivado a los investigados para que manifestaran sus opiniones, quienes estando dentro del término legal para ello expresaron:

- 1 Sercopav Ltda y sus representantes legales (Escrito radicado bajo el número 80121-50000 de 8 de agosto de 2001).

"...me dirijo para solicitarle se digne estudiar la posibilidad de concederle a la Sociedad SERCOPAV LTDA., representada legalmente por el Señor GERARDO ESPINOSA CORTES el beneficio de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 del 30 de Diciembre de 1992, el cual reestructurara esta Superintendencia y que en el inciso cuarto a su tenor literal dice:

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

'Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su Juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga'.

"La anterior solicitud la elevo a sus Señoría con la garantía plena que de hecho se suspendió la conducta que aquí se investiga, demostrando lo anterior no solo en el arrepentimiento profesado por la Señora GLORIA INÉS SALAMANCA CABALLERO y su promesa solemne de no volver a cometer los errores perpetrados para que se le investigara tanto Penal, como administrativamente esta (sic) ocurriendo; por caer en las redes malélicas de personas inescrupulosas que como el autor de todas las calamidades ocasionadas a esta firma, fue el Señor JORGE ROCHA MAHECHA; y para que su Señoría tenga en cuenta, las siguientes consideraciones:

"CONSIDERACIONES

"1a.- Como es conocido por su digno Despacho, la Señora Gloria Inés Salamanca Caballero en su calidad de Subgerente de Sercopav Ltda., en los días que el Señor Gerente Don Gerardo Espinosa Cortés se encontraba fuera de la ciudad y ella hacía sus veces, fue contactada por el Señor JORGE ROCHA MAHECHA quien amparándose en su investidura de Secretario General de la Asamblea de Cundinamarca la convenció para que le vendiera una Fotocopiadora y fue él quien aprovechándose de la bondad, la buena Fe y la inocencia de la Señora Gloria Inés Salamanca Caballero en esta clase de situaciones, mancilló el honor de la Sociedad y vilmente manipuló a mi defendida hasta el punto de hacerla cometer el único error nefasto en su larga trayectoria de comerciante y como Subgerente de la investigada empresa.

"2a.- Es de considerar que la Señora Gloria Inés Salamanca Caballero comete un inmenso error al aceptar las condiciones de exigibilidad propuestas por el entonces Secretario de la Asamblea de Cundinamarca, como lo era de la "cuota política" que según él, era para la campaña de la entonces presidente de la honorable corporación, pero que de esto no se supo nada, porque nada se ha aclarado; entonces cuando se inicia investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación a mi prohijada, el mencionado Señor JORGE ROCHA MAHECHA inicia como en todos los casos anteriores y no se sabe en cuantos (sic) más, una tortura psicológica contra la Señora Gloria Inés Salamanca Caballero y su familia para que no lo fuera a denunciar a la investigación.

"Es así como al ser llamada por primera vez a la Fiscalía y por miedo de lo que llegara a pasarle a su familia o a ella misma por las continuas amenazas de ROCHA MAHECHA inicia la demostración que garantiza no volver a incurrir en esta clase de actitudes - decide denunciarlo a la Fiscalía, como efectivamente lo hizo, por lo cual es capturado y se le investiga al señor ROCHA.

"3a.- Visto que la Señora Gloria Inés Salamanca Caballero fue asaltada en su buena Fe, fue involucrada en una serie de ilícitos que lejos estaba de conocer, por una persona que desde hace mucho tiempo viene delinquiendo, como lo muestran claramente los recortes de periódico que anexo a la presente y el proceso que aún continúa en el Juzgado 33 Penal del Circuito de esta ciudad en contra suya; visto además que es evidente su arrepentimiento y que prometió solemnemente no volver a cometer errores de esta (sic) talante, y que de hecho lo está cumpliendo, es por lo que elevo a su Señoría la presente petición.

"4a.- Garantía suficiente por parte de la Señora Gloria Inés Salamanca Caballero, de que suspendió la conducta que dio origen a la presente investigación también la demuestro con las sanciones a que ha sido sometida mi prohijada, las cuales consisten en:

"1°.- Fue destituida de la Subgerencia de Sercopav Ltda.

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

"2°.- Fue detenida y reclusa en su residencia - Casa por Cárcel - por un tiempo superior a los dos años.

"3°.- Le fue negado el subrogado penal de la detención domiciliaria y llevada a la Cárcel El buen Pastor.

"4°.- Fue condenada a la pena principal de 42 meses de prisión.

"5°.- Fue condenada a pagarle a la Asamblea de Cundinamarca a manera de indemnización por daños y perjuicios una suma superior a los TREINTA Y UN MILLONES DE PESOS MCTE., (\$ 31'000.000.00).

"6°.- Fue condenada a la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la profesión de Comerciante por el término de dos años.

"7°.- Fue condenada a la interdicción de Derechos y funciones públicas por el término de cuatro años y cuatro meses.

"8°.- Además de lo anterior, también le fue prohibido Contratar con la Administración Pública por el mismo período de tiempo de cuatro años y cuatro meses.

"Con todas las anteriores sanciones es apenas lógico que no se repitan conductas como las aquí investigadas, máxime cuando se trata de una persona de buenas costumbres, quien desde hace mucho tiempo ha sido comerciante, quien ha dirigido a Sercopav Ltda., en los momentos de ausencia del Señor Gerardo Espinosa Cortés, con la responsabilidad y el altruismo que caracterizan todas y cada una de las transacciones realizadas por ella, lo que claramente se deja ver con las certificaciones de las empresas y compañías con las cuales ha trabajado Sercopav Ltda., y las que anexo a la presente.

"5°.- Por último, considero que son suficientes garantías para determinar que efectivamente no se volverá a incurrir en la conducta que llevó a tan fatal desenlace, no solamente la manifestación de promesa solemne de no volver a cometer tan garrafal error, sin que se han venido cumpliendo las condenas a que fue sometida la Señora Gloria Inés Salamanca Caballero y que de no ser suficientes garantías, solicito al Doctor Emilio José Archila Peñalosa se digne sugerir o imponer las que crea convenientes, con la seguridad y certeza que mi prohijada estará atenta a dar estricto cumplimiento a lo prometido.

"Basado en lo brevemente expuesto y prometido, elevo a su Señoría las siguientes:

"PRETENSIONES

"PRIMERA: Dignese Señor Doctor EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA ordenar a quien corresponda CLAUSURAR LA PRESENTE INVESTIGACIÓN que se adelanta a la Compañía denominada SERCOPAV LTDA., representada legalmente por el Señor GERARDO ESPINOSA CORTES

"SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, sírvase ordenar el archivo del expediente. (...)"

2. **Ofimarcas Ltda y sus representantes legales y administradores (Escrito radicado bajo el número 80121-02 de 10 de agosto de 2001).**

"... dentro del término traslado (sic) establecido por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 presento descargos al informe investigativo por los hechos formulados a mis mandantes mediante resolución No. 29442 de fecha noviembre 16 del 2000, por la posible comisión de acuerdos contrarios a la libre competencia y autorización ejecución o tolerancia.

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

"Parte esta actuación de la Superintendencia, de la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1999, proferida por el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, en la causa 1999-157, contra GLORIA INÉS SALAMANCA CABALLERO, por la cual ordena al numeral SEXTO de la mentada 'compulsar copias a la DIAN y (sic) la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, (sic) que se investigue la posible conducta en que pudieron incurrir las firmas Ofimarcas Ltda., Sercopav Ltda. y Datacol S.A.

"Iniciada la etapa investigativa, la Superintendencia decreta las pruebas solicitadas por las investigadas y las que consideró de su parte decretar oficiosamente, es así por lo tanto, que se tomaron interrogatorios y testimonios a GLORIA INÉS SALAMANCA, CAROLINA HERRERA, ALFONSO HERRERA, HUGO EDUARDO HERRERA, GERARDO ESPINOSA CORTÉS ESPOSO DE GLORIA INÉS SALAMANCA, JORGE ROCHA MAHECHA, secretario general de la Asamblea Departamental para la época de los hechos, además, de tener en cuenta en esta etapa procesal, las pruebas documentales aportadas por el juzgado 33 penal del circuito de Bogotá, para que se investigara las conductas en que habrían podido incurrir las empresas SERCOPAV LDA., DATACOL S.A. Y OFIMARCAS.

"Observa el suscrito la trascendental importancia que le da la Superintendencia a la declaración de GLORIA INÉS SALAMANCA, persona que orquestó toda la maniobra impropia en el ámbito comercial, junto con JORGE ROCHA MAHECHA, secretario de la Asamblea de Cundinamarca para la época.

"La situación de mi representada OFIMARCAS, es totalmente distinta a las empresas SERCOPAV LTDA. Y DATACOL, por las siguientes razones:

"1.- La señora GLORIA INÉS SALAMANCA, para la época representante legal de SERCOPAV LTDA., actuó como empresa al efectuar todas las andanzas que se recriminan en esta investigación, para obtener la adjudicación de la compra de la fotocopidora por parte de la Asamblea de Cundinamarca, es decir, se adecuó su comportamiento al igual que DATACOL S.A., (sic) al artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, al convenir con la empresa DATACOL S.A., el valor de la cotización para los fines perseguidos.

"En la declaración de GLORIA INÉS SALAMANCA, a la pregunta 13 que me permito transcribir: Doña GLORIA indique a este despacho, si recuerda o tiene conocimiento de las personas y empleados vinculados a la empresa Datacol que tuvieron conocimiento del motivo y el destino que iban a tener las cotizaciones que usted les solicitaba.? CONTESTÓ: CAROLINA ROMERO que era la directora de canales externos y creo que ella le comentó al señor JUERG DEGEMAN, el era el gerente de DATACOL en ese momento, porque ella me dijo que le había comentado a el.

"En la declaración de CAROLINA ROMERO HERRERA secretaria de DATACOL S.A., para la época de los hechos investigados, a la pregunta 19, que me permito transcribir. SABE USTED SI CON ANTERIORIDAD A QUE FUERAN PRESENTADAS LAS COTIZACIONES POR LA EMPRESA DATACOL SE HABÍA ENTRADO EN CONVERSACIÓN CON LA EMPRESA SERCOPAV A EFECTOS DE DEFINIR CUALQUIER ASPECTO RELACIONADO CON LA FORMA EN QUE DEBÍAN PRESENTAR LAS COTIZACIONES?. Contestó: La verdad casi no me acuerdo pero la señora Gloria Salamanca le pidió el favor al señor Juerg Degeman y el me pidió que le hiciera la cotización con el valor que ella le solicitó.

"Lo anterior quiere decir, que efectivamente entre las empresas SERCOPAV Y DATACOL existió un acuerdo ó (sic) convenio entre sus representantes legales, quienes actuaban como empresa de

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

pasar o presentar la cotización con los fines perseguidos por la señora GLORIA INÉS SALAMANCA, condenada por los punibles de peculado e indebida contratación.

"En cuanto a OFIMARCAS, obsérvese señor Superintendente que en ninguna de las declaraciones ni de los interrogatorios se menciona al representante legal ni al administrador de OFIMARCAS, para efectos de poner en conocimiento la solicitud de cotización por parte de GLORIA INÉS SALAMANCA ni de la Asamblea de Cundinamarca, todo se hizo a escondidas de los representantes de la empresa.

"La confesión de GERARDO ESPINOSA CORTÉS, en su interrogatorio de parte absuelto en esta instancia, es una deposición que la ley le da la categoría de sospechosa por el vínculo de cónyuge con GLORIA INÉS SALAMANCA, para tratar de favorecerla en esta instrucción, es así como al absolver las preguntas 11 y 12, se expresa respecto de OFIMARCAS de manera sospechosa, como si sus representantes hubieran participado en la elaboración y presentación de la cotización materia de investigación. Pero, su dicho queda totalmente desvirtuado con la declaración de GLORIA INÉS SALAMANCA, en la respuesta a la pregunta 14. que encerraba la pregunta 13, es decir: Pregunta 14. Podría indicarnos lo mismo pero en relación con la empresa OFIMARCAS.? (recuerda o tiene conocimiento de las personas o empleados vinculados a la empresa OFIMARCAS que tuvieron conocimiento del motivo y el destino que iban a tener las cotizaciones que usted les solicitaba.?) RESPUESTA: Me contestó la recepcionista y me paso la llamada con alguien de la división comercial, un señor, no era ni don Alfonso que creo era el gerente, era algún vendedor de los que había al que yo le comenté, él me dijo a lo último que me dejaba la cotización en la recepción, pero de OFIMARCAS yo no conocía a nadie.

"La vinculación de mi representada OFIMARCAS LDA., se reduce única y exclusivamente a el actuar de JAVIER ALFONSO HERRERA, un empleado que de manera temporal ocupaba el cargo de mensajero, si bien es cierto, que existe una relación de parentesco entre éste y el gerente administrativo, JAVIER no estaba y nunca estuvo autorizado para tomar decisiones ni determinaciones de tal magnitud que pudieran comprometer legal o comercialmente a OFIMARCAS LTDA.

"El Código de Comercio en su artículo 841 contempla: El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa.

"Por tal motivo la Fiscalía General de la Nación encausó penalmente a JAVIER ALFONSO HERRERA, por el punible de falsedad en documentos privados, que a pesar del parentesco en primer grado con uno de los representantes legales de OFIMARCAS, el ente acusador no encontró mérito alguno para vincular en preliminares a los representantes de OFIMARCAS.

"ADECUACIÓN NORMATIVA AL NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 47 DEL DECRETO 2153 DE 1992.

"De conformidad con esta norma, se consideran contrarios a la libre competencia 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.

"Por consiguiente, como en las instructiva esa instancia lo manifestó, la configuración de la conducta descrita puede presentarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

- a. La existencia de un acuerdo
- b. Que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o
- c. Que tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Analizado el material recaudado para la configuración de las conductas descritas desarrolladas por OFIMARCAS tenemos:

"EXISTENCIA DE UN ACUERDO.- De las declaraciones de GLORIA INÉS SALAMANCA, persona que dirigió y ejecutó toda esta maniobra fraudulenta en representación de SERCOPAV LTDA., se desprende que con OFIMARCAS a través de sus representantes no se efectuó ninguna conversación ni invitación de alguna naturaleza con SERCOPAV, e igualmente con OFIMARCAS como tal, en ningún momento aceptó, toleró o convalidó, el actuar fraudulento de JAVIER HERRERA, y por lo tanto no existió ningún acuerdo, como sí lo hubo entre SERCOPAV LTDA y DATACOL S.A.

"QUE TENGA POR OBJETO COLUSIÓN EN LICITACIÓN O CONCURSO.- Se reitera con las probanzas recaudadas, que OFIMARCAS como empresa o alguno de los representantes legales, hayan pactado o convenido con persona natural o jurídica en contra del Departamento de Cundinamarca, como si lo hubo entre SERCOPAV LTDA. y DATACOL S.A.

"QUE TENGA COMO EFECTO LA DISTRIBUCIÓN DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS, DISTRIBUCIÓN DE CONCURSOS O FIJACIÓN DE TÉRMINOS DE LA PROPUESTA. Se reitera con las probanzas recaudadas, que OFIMARCAS ni como empresa, ni sus representantes legales a título personal tuvieron conocimiento, propósito, interés de beneficiar no de favorecer a empresa alguna, y por una sencilla razón, que también ha quedado demostrado dentro del instructivo y es que a OFIMARCAS nunca se le invitó a presentar cotización, ni estaba enterada de la negociación que SERCOPAV adelantaba con la Asamblea de Cundinamarca.

"Como lo podrá observar la Superintendencia en la parte considerandos de la sentencia a su folio 13, GLORIA INÉS SALAMANCA C., una vez capturada decide decir la verdad, poniendo de manifiesto cómo para la celebración del contrato, contó con la ayuda de JORGE ROCHA (secretario de la Asamblea de Cundinamarca), quien fuera el que le contactara inicialmente y le propusiera presentar las cotizaciones, ante lo cual en menos de 3 días, se comunicó con JAVIER ALFONSO HERRERA, hijo de ALFONSO HERRERA, quien es uno de los socios, para que JAVIER expidiera una cotización por encima del valor que ella presentaría (Folio 2 Anexo 1), oferta que por demás los representantes legales de OFIMARCAS tuvieron conocimiento de ella en la Fiscalía siendo desmentida por ellos, quienes de manera enfática negaron que ellos se prestaran para este tipo de actividades.

"Es tan cierto lo manifestado en el inciso anterior, que ningún directivo de la empresa que represento, ni persona de mando, fue vinculado penalmente por el delito de falsedad documental.

"La rigurosidad con que ha actuado la empresa OFIMARCAS LDA., desde su constitución como persona jurídica septiembre de 1989, resguardando su buen nombre comercial y su actuar ajustado a la ley, hizo que el solo hecho de haber conocido el inicio de esta investigación originada por el actuar doloroso de un hijo de uno de los accionistas, se tomara la decisión de desvincularlo fulminantemente de la empresa.

"El actuar de las empresas SERCOPAV LTDA., y DATACOL S.A., abiertamente de bullo por prácticas comerciales restrictivas contrariando la libre competencia, llevó a que el juzgado 33 penal

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

del circuito, oficiara a la Superintendencia para que se investigaran las conductas en que pudieron incurrir estas empresas en lo de su competencia, siendo parte de la investigación OFIMARCAS LTDA., por existir cotización en papelería de la empresa.

"SOLICITUD

"Ruego a la Superintendencia tener de recibo estas explicaciones y de manera respetuosa solicito se abstenga de sancionar a la empresa Ofimarcas Lda., a su administrador y al representante legal y se absuelvan de todo cargo de contravención al Decreto 2153 de 1992. (...)"

CUARTO. Habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho entrará a considerar el caso en estudio, en los siguientes términos:

1 Análisis del numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992

De conformidad con el contenido de este precepto, se consideran contrarios a la libre competencia 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.

Así pues, la configuración de la conducta descrita puede presentarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

- La existencia de un acuerdo
 - Que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o
 - Que tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas

En este orden, es importante realizar las siguientes aproximaciones de orden conceptual.

1.1 La existencia de un acuerdo

De conformidad con el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.¹

Estas figuras contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela, deben revelar una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir una actuación conjunta.

Por tanto, para que exista un acuerdo deben concurrir como mínimo dos elementos, a saber, la bilateralidad, esto es, que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y, de otra parte, una expresión de la voluntad o consenso entre las partes independientemente de su naturaleza o formalización.

La bilateralidad, implícita en la noción de acuerdo, presupone que éste se realice como establece el número 1 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, es decir, que sea entre dos o más empresas. A su vez, la noción de empresa en el contexto del derecho de la competencia, se entiende como una unidad económica aunque desde el punto de vista jurídico esa unidad esté constituida por diversas personas físicas o morales.

¹ De acuerdo con lo establecido por el artículo 28 del código civil, "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal."

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

1.2 Que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos

Dentro de las normas de competencia, tanto el objeto como el efecto de una conducta pueden ser considerados como restrictivos, luego, bajo una óptica sancionatoria, ambos resultan reprochables. En este sentido, se entiende por objeto la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado.

Volviendo a la conducta objeto de análisis, debemos señalar que por "colusión" se entiende la acción o efecto de coludir,² y por "coludir" el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto tiene precisado la jurisprudencia, que "las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra".³

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, se entiende por licitación pública "el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable". Así mismo, previene la citada norma que, "...cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública."⁴

De otro lado, la contratación directa puede definirse como el procedimiento mediante el cual la entidad pública previo un análisis de la concurrencia provocada, si fuere el caso, y la exigencia de requisitos menos formales, como también ante el acaecimiento de ciertas circunstancias, elige al contratista por entendimiento directo.

En efecto, de acuerdo con el artículo 24 de la ley 80 de 1993, en virtud del principio de la transparencia, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público,⁵ salvo aquellas excepciones en que la ley prevé la posibilidad de realizar una contratación directa.⁶

² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, página 330.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de Revisión No. 007 del 26 de enero de 1995.

⁴ Parágrafo del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

⁵ De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.

⁶ A este respecto el mismo artículo 24 de la ley 80 de 1993, establece como excepción a la contratación a través de licitación o concurso, los siguientes casos: a) menor cuantía, entendiéndose por la misma, los valores que se determinan en función de los presupuestos anuales de las entidades estatales a las cuales se les aplica dicha ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales; b) empréstitos; c) interadministrativos con excepción del contrato de seguro; d) para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; e) arrendamiento o adquisición de inmuebles; f) urgencia manifiesta; g) declaratoria de desierto de la licitación o concurso; h) cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general cuando falte voluntad de participación; i) bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional; j) cuando no exista pluralidad de oferentes; k) productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; l) los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud y m) los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

En tal suerte se tiene que, cualquier forma de acuerdo que tienda a desvirtuar las condiciones de igualdad y transparencia con que debe llevarse a cabo la contratación estatal, en cuanto a la asignación de las licitaciones o concursos, resulta a más de contradictoria de las normas propias del Estatuto de Contratación Estatal, violatoria de las disposiciones sobre libre competencia.

1.3 Que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Así como las conductas anticompetitivas son reprimidas por el objeto, también pueden merecer reproche por su efecto anticompetitivo. La configuración de cualquiera de los dos aspectos es suficiente para que tenga lugar la infracción.

Esta Entidad considera que el efecto de una conducta constituye el resultado que un comportamiento determinado ocasiona o produce sobre el mercado. Es decir, independientemente que el agente hubiese buscado un resultado concreto, si éste se presenta debe ser reprochada la conducta que lo ocasionó.

Por ello y en aras de procurar un mejor entendimiento de la norma que se analiza, estimamos conveniente abordar los diferentes efectos que la disposición relaciona, siguiendo la misma secuencia con que habrían de presentarse dentro de un proceso de contratación.

- Fijación de términos de las propuestas

De acuerdo con lo señalado en la ley 80 de 1993, en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia correspondientes a las licitaciones o concursos públicos se deben indicar las normas de selección, las cuales deben contener los procedimientos y etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Siendo así, resulta imperativo para el correspondiente ente administrativo, definir términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección.⁷

Pero qué se debe entender por pliegos de condiciones o términos de referencia, éstos se definen como el documento esencial que en la etapa precontractual, atendiendo el principio de transparencia, en su competencia y procedimiento interno, elabora unilateralmente la entidad pública, fijando las estipulaciones o disposiciones generales e impersonales, especiales y técnicas que rigen los procedimientos de licitación, concurso y adjudicación, y las bases del futuro vínculo contractual, aplicables a los contratos teniendo en cuenta su categoría, esencia o naturaleza.⁸

Así mismo, de acuerdo con la normatividad aplicable a la contratación directa, contenida en el decreto 855 de 1994, se establece que para la celebración de los contratos de menor cuantía se requerirá de la obtención previa de por lo menos dos (2) ofertas,⁹ para asegurar el cumplimiento del deber de selección objetiva. Igualmente, previene el aludido decreto que la solicitud de oferta puede ser verbal o escrita y deberá contener la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago, término para su presentación y demás aspectos que den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende.¹⁰

⁷ Número 1 del artículo 25 de la ley 80 de 1993.

⁸ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Segunda Edición. Edición Librería el Profesional. 1994. Página 158.

⁹ Decreto 855 de 1994; artículo 3, inciso 1o.

¹⁰ Ibidem.

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

En este orden, debemos señalar que, con la prohibición contenida en el número 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se pretende evitar que ese pliego de condiciones o término de referencia se dirija de manera amañada a favorecer a un aspirante específico, es decir, que su elaboración se efectúe de tal forma que busque asegurar la adjudicación de la licitación o concurso a una persona predefinida, con quien de antemano se ha llegado a un tipo de acuerdo.

La situación descrita representa no solo un atentado contra los principios de transparencia y de buena fe que gobiernan la contratación administrativa, sino además comporta una restricción indebida a la competencia, en tanto elimina la posibilidad de concurrencia al mercado en igualdad de condiciones y, que sean justamente la eficiencia y competitividad los factores que determinen la participación y asignación de recursos en el mercado.

De esta forma, lo que reprocha y sanciona la norma referida es que exista un acuerdo entre funcionarios de la administración y particulares y, que como resultado de éste sean fijados los términos de las propuestas con un ánimo de favorecimiento particular que no corresponda a los intereses del Estado. De tal manera que, la configuración del efecto que se analiza presupone la participación de funcionarios de la administración que tengan a su cargo definir las condiciones y términos con que habrán de convocar a los particulares para que presenten sus correspondientes ofertas.

- Distribución de concursos

Se considera restrictivo de la libre competencia el acuerdo por virtud del cual se logra entre los aspirantes la distribución de un concurso(s), entendido como aquel cuya finalidad consiste en la asignación de estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, a través de invitación pública.¹¹

A este respecto, la Jurisprudencia señala que: *"El procedimiento administrativo de la licitación pública, necesario en los contratos administrativos de mayor trascendencia, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de dos objetivos fundamentales: que las entidades públicas estén en capacidad de elegir al mejor contratista, a través del conocimiento y comparación del mayor número de ofertas y que a su vez, todos los empresarios o contratistas, estén en capacidad de contratar con las entidades públicas, a través de un medio que asegure la igualdad de trato.*

"Para el efecto, el régimen de la contratación administrativa ha establecido el sistema del concurso o libre competencia de los contratistas, mediante la convocatoria pública y en torno a las bases específicas del contrato por desarrollar o pliegos de condiciones. El concurso asegura así que todos los contratistas puedan participar, sin discriminaciones ni favoritismos y que la administración pueda obtener la mayor y más objetiva información sobre los contratistas, de manera que pueda seleccionar al mejor, en beneficio de los intereses públicos.

"La razón de ser del concurso, es en consecuencia, organizar la participación de varios contratistas para que la entidad contratante esté en capacidad de comparar y de efectuar una elección o adjudicación adecuada."¹²

En este supuesto, la conducta de los concursantes estaría orientada a que a uno o a varios de ellos la Administración les adjudique el correspondiente concurso, lo que puede generar fallas en la actividad de selección, no permitiendo que se elija al concursante que ofrezca la mayor experiencia

¹¹ Código Contencioso Administrativo; artículo 30, número 12, parágrafo.

¹² Consejo de Estado, Sentencia de Consulta, abril 14 de 1986. Magistrado Ponente: Eduardo Suescún Monroy.

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

y calidad en el servicio que se pretende contratar, impidiendo con ello que los demás participantes del procesos de selección puedan concurrir dentro de un marco propicio de igualdad y libre competencia.

- Distribución de adjudicaciones de contratos

En este punto, las maniobras adelantadas por los intervinientes en el proceso de contratación, dan lugar a la adjudicación de un contrato por parte del ente administrativo a un sujeto previamente definido. El acuerdo entre los participantes tiene como efecto la fijación de las condiciones en que se presentarán las respectivas propuestas, en cuanto a la clase de producto a ofrecer, el valor del mismo y cualquier otro aspecto que resulte determinante para su escogencia, con la finalidad de que le sea adjudicado a uno de ellos.¹³

2 Aplicación al caso concreto

Habiendo realizado en el punto anterior una aproximación conceptual al tema, corresponde ahora abordar el caso específico.

A este respecto, resulta imperativo tener presente que los hechos objeto de investigación acaecieron el 24 de diciembre de 1997, con la resolución No. 811 que expidiera la Asamblea General de Cundinamarca, toda vez que fue a través de dicha resolución que se reconoció y canceló a Sercopav Ltda la suma de cuarenta y dos millones novecientos veinte mil pesos (\$42.920.000.00), por la compra de una fotocopiadora.

Así pues y teniendo en cuenta que el artículo 38 del código contencioso administrativo previene un término de tres (3) años para sancionar a partir de producido el acto, plazo que se haya vencido, esta Superintendencia, en sujeción plena al Ordenamiento Jurídico, decide abstenerse de pronunciarse en cuanto a la existencia o no de responsabilidad por parte de los investigados en el presente caso.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar en el presente caso la caducidad sancionatoria contenida en el artículo 38 del código del código contencioso administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el archivo de la actuación

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a Guillermo Camargo Rodríguez, en su calidad de apoderado Ofimarcas Ltda y a José Ernesto Marín Gómez, en su calidad de apoderado de Sercopav Ltda, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

¹³ En este sentido, es importante resaltar que de conformidad a lo establecido por el código de comercio, la oferta o propuesta deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario, y se entiende comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario. Ver artículo 845 y subsiguientes del código de comercio.

Por la cual se declara una caducidad sancionatoria

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **28 DIC. 2001**

La Superintendente de Industria y Comercio (E),

Mónica Murcia P
MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificación:

Doctor

JOSE ERNESTO MARÍN GÓMEZ

Apoderado

SERCOPAV LTDA

GERARDO ESPINOSA CORTÉS

GLORIA INÉS SALAMANCA CABALLERO

C.C.: 7.213.782 Duitama

Carrera 8 No 16 - 21, oficina 204

Ciudad

Doctor

GUILLERMO CAMARGO RODRÍGUEZ

Apoderado

OFIMARCAS LTDA

HUGO EDUARDO HERRERA BERNAL

HERNANDO HERRERA BERNAL

C.C.: 4.191.961 de Paipa

Calle 19 No 3 - 50, oficina 1601

Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

31 ENE 2002 SECRETARIA GENERAL

E' _____ notifique personalmente el contenido

De la presente providencia a Guillermo Comayo Pedruz

Identificado con la C.C. No. 191961

Entregándole copia de la misma e informándole que

Procede el recurso de reposición ante el _____

Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente
Notificación

X 

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

30 ENE. 2002 SECRETARIA GENERAL

E' _____ notifique personalmente el contenido

De la presente providencia a José E. Morán

Identificado con la C.C. No. 7213782

Entregándole copia de la misma e informándole que

Procede el recurso de reposición ante el _____

Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente
Notificación

X 