

REPUBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 72167 DE 2023

(17/11/2023)

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Radicado No. 20-419818

VERSIÓN PÚBLICA

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, y el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 4 del Decreto 92 de 2022, y

CONSIDERANDO

1. Que el artículo 333 de la Constitución Política establece que “(...) *[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (...). El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (...)*”.
2. Que de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, modificados por el artículo 1 del Decreto 92 de 2022, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio, “*[e]n su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales*”, así como “*[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*”.
3. Que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 establece que “(...) *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*”.
4. Que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 4 del Decreto 92 de 2022, establece como función del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia “*[t]ramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*”.

5. Que mediante escrito con radicado No. 20-419818-00¹, [REDACTED], ([REDACTED]), trasladó a esta Superintendencia las denuncias interpuestas por [REDACTED] y [REDACTED].

¹ Radicado No. 20-419818-00, 20419818—000000002 del Cuaderno Público 1 Electrónico (en adelante “CP1-ELECT”) del Cuaderno Público (en adelante “CP”).

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

██████████, en adelante “██████████”), relacionadas con irregularidades en los procesos de contratación adelantados por la **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.** (en adelante “**ELECTROHUILA**”).

██████████ denunció que en los procesos de contratación adelantados por **ELECTROHUILA** se imponían reglas que atentaban contra el principio de la transparencia, selección objetiva y libre concurrencia. En particular cuestionó: **(i)** la prohibición de presentación de propuestas por parte de figuras plurales; **(ii)** la exigencia de vehículos de modelo 2021 y de marcas específicas; y **(iii)** el cobro de dinero por el derecho a participar en cada proceso de selección, entre otros.

Por su parte, la ██████████ denunció que las condiciones exigidas por **ELECTROHUILA** fueron “*muy elevadas*”, tanto así que en el proceso de selección **EHUI_SGAL-140-2020** para la contratación del servicio de transporte público terrestre automotor especial y de carga, cuyo presupuesto ascendía a la suma \$17.000.000.000, se presentó un solo oferente.

██████████ ██████████ ██████████ envió las referidas denuncias a **ELECTROHUILA**, con el fin de que fueran tenidas en cuenta en el desarrollo del proceso de selección **EHUI_SGAL-140-2020**.

6. Que el 27 de septiembre de 2023, el Coordinador del Grupo de Trabajo Élite contra Colusiones comisionó a miembros de la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) para que realizaran visitas administrativas de inspección a ██████████² y **ELECTROHUILA**³.

7. Que, mediante memorando interno con radicado No. 20-419818-21 del 26 de octubre de 2023⁴, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó la apertura de una averiguación preliminar para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia en el marco de los procesos de selección adelantados por **ELECTROHUILA**.

8. Que, a partir del material probatorio recaudado en la presente actuación administrativa, la Delegatura considera que existen elementos de juicio suficientes para abrir una investigación, ya que habría ocurrido una presunta y continua transgresión al régimen de protección de la libre competencia económica por parte de **ELECTROHUILA**.

ELECTROHUILA, en su calidad de empresa prestadora de servicios públicos (ESP), habría aprovechado que su régimen de contratación no se encuentra sujeto a lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino al régimen privado, para determinar reglas en las convocatorias públicas que podrían atentar contra la libre competencia económica. En particular, habría ejecutado una práctica tendiente a limitar la libre competencia al establecer lo siguiente: **(i)** que los interesados en una convocatoria pública debían pagar un precio por el derecho a participar y **(ii)** que las ofertas presentadas por figuras plurales, como consorcios o uniones temporales, serían rechazadas.

Con el propósito de sustentar la tesis recién anotada, se presentarán los siguientes aspectos: **(8.1.)** Aspectos generales sobre **ELECTROHUILA** y **(8.2.)** Prácticas presuntamente anticompetitivas establecidas por **ELECTROHUILA**.

8.1. Aspectos generales sobre ELECTROHUILA

Para describir las prácticas que habrían restringido la libre competencia económica, primero se explicarán algunos aspectos generales relacionados con **ELECTROHUILA**. En particular, se ahondará sobre su naturaleza jurídica, objeto social, el régimen jurídico aplicable y otras generalidades de la contratación que adelanta esta empresa prestadora de servicios públicos.

² Radicados No. 20-419818-8, archivo 20419818--0000800001; 20-419818-10, archivo 20419818--0001000001; y 20-419818-11, archivo 20419818—0001100001 del CP1-ELECT del CP.

³ Radicado No. 20-419818-9, archivo 20419818--0000900001 del CP1-ELECT del CP.

⁴ Radicado No. 20-419818-21, archivo 20419818—0002100001 del CP1-ELECT del CP.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

8.1.1. Naturaleza jurídica y objeto social

Las empresas de servicios públicos domiciliarios hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público⁵ y están sujetas a controles administrativos⁶ y al régimen general de los servicios públicos domiciliarios previsto en la Ley 142 de 1994⁷.

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos pueden ser oficiales, mixtas o privadas atendiendo al porcentaje de aportes de capital que tengan las entidades públicas o particulares⁸. Así, son empresas prestadoras de servicios públicos oficiales aquellas en las que el 100% de los aportes de capital lo tienen entidades públicas; son empresas prestadoras de servicios públicos mixtas aquellas en las que los aportes de capital que tienen entidades públicas es igual o superior al 50%, y son empresas prestadoras de servicios públicos privadas aquellas cuyo capital pertenece en su mayoría a particulares.

Así entonces, **ELECTROHUILA** es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios que hace parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público, vinculada específicamente al **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**⁹. En términos generales, su objeto social consiste en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y las actividades complementarias de generación, transmisión, distribución y comercialización, así como la prestación de servicios conexos o relacionados con la actividad de servicios públicos.

De acuerdo con la información publicada por **ELECTROHUILA**, la composición accionaria de la empresa es la siguiente:

Tabla No. 1: Composición accionaria de ELECTROHUILA

ACCIONISTA	NO. ACCIONES	PARTICIPACIÓN
La Nación – Ministerio de Hacienda	36.566.229	83,05%
Departamento del Huila	3.628.415	8,24%
Infihuila	2.747.486	6,24%
Municipio de Aipe	173.169	0,39%
Municipio de Neiva	167.657	0,38%
Municipio de Pitalito	147.869	0,34%

⁵ L. 489/98, art. 38 num. 2 y art. 68. Igualmente, C. Const., Sent. C-736, sep. 19/2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las ‘demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público’, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional”.

⁶ C. Const., Sent. C-306, jul. 10/2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “En síntesis, en el esquema de la descentralización por servicios, los proveedores pueden constituirse en empresas en las que el Estado tiene participación accionaria en colaboración con los particulares (sociedades de economía mixta), así como en sociedades en las que todos los activos son estatales (empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades públicas). Estas sociedades son necesarias para que el Estado pueda prestar óptimamente los servicios, por lo que el legislador puede crearlas ponderando el interés general de su participación en los mercados con la libertad de empresa. **Estas empresas con participación pública pueden concurrir a los mercados para competir con el sector privado, atendiendo a las dinámicas del mercado. Sin embargo, no están exentas de aplicar en ciertos eventos normas de derecho público, sin que lo anterior implique el abandono del régimen jurídico privado para sus actividades misionales**” (se resalta).

⁷ L. 142/94. “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. Las empresas de servicios públicos domiciliarios que se encuentren relacionadas con el servicio de electricidad se encuentran sujetas al régimen especial de la Ley 143 de 1994, “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

⁸ L. 142/94, art. 14 num. 5, 6 y 7. Cabe precisar que cuando se menciona “entidades públicas” se hace referencia, de acuerdo con lo señalado en la Ley citada, a la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella. Asimismo, al definir las empresas de servicios públicos privadas, la Ley hace referencia a “particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

⁹ Radicado No. 20-419818-31, archivo 20419818—0003100003 del CP1-ELECT del CP. **ELECTROHUILA** fue constituida mediante Escritura Pública No. 0417 de la Notaría Octava de Bogotá el 17 de julio de 1947, inscrita bajo el No.00470428 del libro IX de la Cámara de Comercio.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Empresas Públicas de Neiva	99.094	0,23%
Municipio de Gigante	47.013	0,11%
Municipio de Timaná	46.562	0,11%
Municipio de Campoalegre	45.364	0,10%
Municipio de Rivera	42.076	0,10%
Municipio de Colombia	41.849	0,10%
Municipio de La Plata	32.340	0,07%
Municipio de Agrado	23.534	0,05%
Municipio de Guadalupe	19.763	0,04%
Municipio de Yaguará	19.445	0,04%
Municipio de Tello	19.292	0,04%
Municipio de Garzón	18.724	0,04%
Municipio de Tarqui	18.052	0,04%
Municipio de Palermo	16.848	0,04%
Municipio de Suaza	14.489	0,03%
Municipio de Iquira	13.138	0,03%
Municipio de Acevedo	12.943	0,03%
Municipio de La Argentina	12.918	0,03%
Municipio de San Agustín	11.983	0,03%
Municipio de Hobo	9.483	0,02%
Municipio de Oporapa	9.111	0,02%
Municipio de Paicol	4.711	0,01%
Municipio de Tesalia	4.571	0,01%
Municipio de Saladoblanco	3.543	0,01%
Municipio de Baraya	3.170	0,01%
Municipio de Pital	2.700	0,01%
Municipio de Teruel	2.590	0,01%
Municipio de Villavieja	2.492	0,01%
Municipio de Altamira	201	0,00%
Codensa	54	0,00%
TOTALES	44.028.878	100,00%

Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente¹⁰.

De la anterior información, se concluye que **ELECTROHUILA** es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios mixta, en la que la Nación tiene más del 90% de los aportes del capital.

Ahora bien, establecida la naturaleza jurídica de **ELECTROHUILA**, a continuación se expondrá un análisis sobre el régimen de contratación aplicable para esta empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.

8.1.2. Régimen especial de contratación

Los procesos de contratación que adelanta **ELECTROHUILA** para el desarrollo de su objeto social están sujetos a su propio manual de contratación, a lo previsto en el régimen especial para las

¹⁰ Radicado No. 20-419818-28, archivo “Gobierno Corporativo - Electrohuila (7_11_2023 15_10_47).html” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818--0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 1 GOBIERNO CORPORATIVO.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

empresas de servicios públicos domiciliarios y a las normas de derecho privado¹¹. Lo anterior, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001), en el que se establece que los contratos que celebren las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios no se encuentran sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que disponga la Ley. Así mismo, debe tenerse en cuenta el párrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994, que señala que el régimen aplicable a los contratos de las empresas públicas que prestan el servicio de electricidad es el de derecho privado.

No obstante, conforme con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en el marco de su actividad contractual **ELECTROHUILA** debe aplicar los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹². En un sentido similar, la Corte Constitucional ha señalado que aun cuando la Constitución y la Ley concedieron a las empresas de servicios públicos domiciliarios un régimen especial para su actividad contractual, ello no significa que tengan autonomía y libertad absoluta frente a los controles y aplicación de normas de derecho público. Así, la autonomía para la prestación de los servicios públicos con la que el constituyente dotó a estas empresas, que está justificada en la importancia de estos como instrumento para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho y para la garantía de una existencia digna, encuentra límites en la misma Constitución¹³.

En la misma línea, tanto la Ley 142 de 1994 como la Ley 143 de 1994 consagran disposiciones relativas a la garantía y promoción de la libre competencia económica. En particular, el artículo 30 de la Ley 142 de 1994 señala que los actos y contratos se interpretarán en la forma que *“mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios”*. Así mismo, según el literal a) del artículo 3 de la Ley 143 de 1994, al Estado le corresponde promover la libre competencia en las actividades del sector de electricidad, y de acuerdo con el artículo 7 de la misma ley, en las actividades de dicho sector podrán participar distintos agentes económicos *“públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3 de esta Ley”*.

Hasta este punto resulta claro que **ELECTROHUILA** es una empresa de servicios públicos domiciliarios que se encuentra exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, por expreso mandato legal debe aplicar en el desarrollo de su actividad contractual los principios de la función administrativa, que según el artículo 209 de la Constitución Política son igualdad, moralidad, celeridad, imparcialidad y publicidad. Adicionalmente, se resalta que según la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -**

¹¹ Radicado No. 20-419818-28, archivos “REGLAMENTODECONTRATACION” y “MANUAL-DE-CONTRATACION-2021-V-6-DEFINITIVA-firmada_LINA-OBREGON_OK_SUSCRITO_AVO_JUN_22_2021” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818—0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 2 TRAMITE PROVEEDORES / MANUAL DE CONTRATACION. Acuerdo No. 018 del 29 de septiembre de 2006, modificado por el Acuerdo No. 14 de 20 diciembre de 2019, a su vez modificado por el Acuerdo No. 07 de 28 de mayo de 2021, por medio de los cuales se aprobó el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA**.

¹² L. 1150/2007, art. 13. *“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”*.

¹³ C. Const., Sent. C-736, sep. 19/2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. *“(…) la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionara de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.*

5.2.3 *En cualquier caso, esta mayor o menor autonomía no puede obviar algunas limitaciones que emanan de la propia Constitución. En especial, la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta (...)*”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, a las entidades del régimen especial que administran recursos públicos también les aplican los principios de la contratación estatal¹⁴.

Por lo anterior, tanto los principios de la función administrativa como los principios de la contratación estatal son los lineamientos fundamentales que orientan la administración pública en el desarrollo de sus funciones y, en el caso particular, constituyen un mandato de obligatorio cumplimiento que deben seguir las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios con régimen especial de contratación.

El Consejo de Estado ha manifestado respecto al régimen legal aplicable a las empresas exceptuadas del estatuto general de contratación lo siguiente:

“(…) Para empezar, y en primer lugar, se señala que el régimen contractual no es exclusivamente el derecho privado, sino una combinación de éste con los principios de la función administrativa. Esta conclusión aplica tanto a partir de la vigencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –norma en la cual el legislador positivizó esta idea–, como desde antes, cuando la doctrina y la jurisprudencia, aplicando los principios generales del derecho, llegaron a esta conclusión.

(…) examinado el tema en retrospectiva, todo indica que la influencia más fuerte que ejercen los principios públicos en la actividad contractual de las entidades excluidas se presenta durante el procedimiento de selección de contratistas, porque en este iter se incrementan las razones y justificaciones para que rijan, con más fuerza que en otros momentos, la publicidad, la transparencia, la igualdad, la moralidad, entre otros principios”¹⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto).

En línea con lo anterior, la misma alta corporación se ha pronunciado específicamente respecto del régimen de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, estableciendo expresamente que es de carácter mixto:

“(…) Así, la ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines. Algunos ejemplos de esta tendencia son: (…); la Ley 142 de 1994 (reformada por la Ley 689 de 2001) para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios; la Ley 143 de 1994 para las empresas del sector eléctrico.

(…) Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267 y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal¹⁶.

(…)

Así las cosas, el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en «un régimen especial: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal»¹⁷, (…). Este precepto irradia los principios de la

¹⁴ Concepto No. C-080 de 2022, Agencia Nacional de Contratación Pública. “Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben sujetarse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, realizar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, así como todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales”.

¹⁵ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2007-00104, oct. 24/2016. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁶ C.E., S. de Consulta, Conc. 2020-00212-00 (2456), may. 13/2021. M.P. Álvaro Namén Vargas.

¹⁷ C.E., Sec. Tercera, Sent. Exp. 25.801, abr. 8/2014.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

*función administrativa en los procesos contractuales de las entidades estatales con regímenes exceptuados, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, de donde se deduce que es **intención expresa del Legislador sujetar su actividad contractual a unos mínimos del derecho administrativo, por la preponderancia de los intereses públicos que finalmente desarrollan**¹⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Así, las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios se encuentran excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en atención a sus necesidades concretas. Sin embargo, y para efectos del presente caso, ello no significa que estén exentas de la aplicación de los principios de la función administrativa, pues estos principios irradian a entidades de carácter privado que cumplen funciones de interés público, precisamente **“por la preponderancia de los intereses públicos que finalmente desarrollan”**.

En desarrollo de lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido que la aplicación de los principios de la función administrativa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios encuentra relación directa con la garantía de la libre competencia económica, así:

*“(…) En síntesis, las normas que rigen la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, atrás señaladas, guardan inescindible relación, de medio a fin, con el régimen de derecho privado al que se encuentran sujetas, en cuanto **éste permite realizar los principios de igualdad, neutralidad y libre competencia, asegurando así una prestación que responda a la realización de los fines sociales del Estado.***

*(…) en suma, si bien la Ley 142 de 1994 sometió los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de los servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado, también dispuso que en la aplicación de ese régimen deben sujetarse a los **principios constitucionales y fines estatales, incluidos la eficiencia, libre iniciativa y competencia económica, transparencia, neutralidad, regulación y control estatal, entre otros**¹⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En el mismo pronunciamiento, el Consejo de Estado destacó la aplicación de la libre competencia por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, así:

*“(…) Las características, propósitos y elementos que hacen **posible la libre competencia, destacados en la jurisprudencia, coinciden plenamente con los principios de libre iniciativa y competencia económica, transparencia, neutralidad y prestación eficiente, a cuya aplicación remite el artículo 30 de la Ley 142 de 1994, como reglas de interpretación de las normas que rigen la contratación de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios.***

(…) La necesidad de aplicar y proteger la eficacia de estos principios es razón suficiente para erigir el derecho privado como su régimen jurídico rector, como lo hace la ley. Siendo así, la aplicación del derecho privado, dispuesto comúnmente para regular intereses particulares, a las actividades de las empresas de servicios públicos domiciliarios, procede siempre que no se soslaye el estricto cumplimiento de los principios y fines constitucionales²⁰ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional²¹, respecto de la relación del principio de la libre concurrencia con los principios de la función administrativa, la libre competencia y la igualdad entre los proponentes:

*“(…) En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: **la libre concurrencia** y la igualdad entre proponentes. El primero, **directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa,***

¹⁸ C.E., S. de Consulta, Conc. 2020-00212-00 (2456), may. 13/2021. M.P. Álvaro Namén Vargas.

¹⁹ C.E., Sec. Tercera, Sent. AP-760012331000200502130 01, dic. 12/2013. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁰ Ibídem.

²¹ C. Const., Sent. C-300, abr. 25/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Finalmente, lo expuesto fue corroborado por [REDACTED] ([REDACTED] [REDACTED]) durante la declaración rendida durante la visita administrativa practicada por la Delegatura el 29 de septiembre de 2023, en la que reconoció que a la entidad le aplicaban los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, como se pasa a exponer:

“**DELEGATURA:** Ese manual de contratación que usted mencionó, que nos indicó que lo estableció la Junta Directiva, ¿qué más lo componen? ¿Cómo está estructurado?”

[REDACTED]: No, estructura básicamente son procedimiento, cuantías, mmm, algunos temas de inhabilidades, algunos temas que de hecho.... hemos ajustado de cómo se hacen los pliegos de condiciones. Cosas muy particulares pero dentro del rol de la contratación privada, ¿no? No contratación pública. **Obviamente también hay un tema de principios por fundamento de la Ley 80 y la Ley 1150, pues nos regimos por los principios generales de la contratación estatal, entonces eso está básicamente regulado en el estatuto**²².

8.1.2.1. Manual de contratación de ELECTROHUILA

De conformidad con lo analizado en líneas anteriores, resulta claro que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como **ELECTROHUILA**, aun cuando tienen sus propios manuales de contratación, deben aplicar en estos los principios de la función administrativa, el principio de la libre concurrencia y la libre competencia económica. Así lo ha exigido el Consejo de Estado al analizar algunos manuales de contratación expedidos por entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²³.

El Manual de Contratación de **ELECTROHUILA**²⁴ (en adelante “Manual de Contratación”), aprobado por medio del Acuerdo No. 14 del 20 de diciembre de 2019 y modificado por el Acuerdo No. 07 del 28 de mayo de 2021, establece los principios rectores que rigen la contratación de **ELECTROHUILA**, así:

“**LOS PRINCIPIOS RECTORES:** Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, la contratación de **ELECTROHUILA S.A. E.S.P.** está orientada por los siguientes principios, los cuales les imponen a los administradores la obligación de actuar en búsqueda del mejor desarrollo del objeto social y de la optimización de los recursos.

(...)

c) IGUALDAD: **ELECTROHUILA S.A E.S.P.** dará el mismo trato y protección a quienes intervengan en la actuación contractual, sin perjuicio de la protección consagrada legalmente a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

d) IMPARCIALIDAD: Se hará sin tener en consideración factores de afecto o de interés y en general cualquier motivación subjetiva, teniendo en cuenta además que la finalidad de la actuación es garantizar los derechos de quienes intervienen, sin discriminación alguna.

²² Folio 92 del Cuaderno público físico 1 (en adelante “CPF1”) del CP. Declaración de [REDACTED] Min. 7:44 a 8:39.

²³ C. E., Sec. Tercera, Sent. 2009-00131, sep. 3/2020. M.P. Alberto Montaña Plata.

²⁴ Radicado No. 20-419818-28, archivos “**REGLAMENTODECONTRATACION**” y “**MANUAL-DE-CONTRATACION-2021-V-6-DEFINITIVA-firmada_LINA-OBREGON_OK_SUSCRITO_AVO_JUN_22_2021**” del CP1-ELECTdel CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818--0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 2 TRAMITE PROVEEDORES / MANUAL DE CONTRATACION. Acuerdo No. 018 del 29 de septiembre de 2006, modificado por el Acuerdo No. 14 de 20 diciembre de 2019, a su vez modificado por el Acuerdo No. 07 de 28 de mayo de 2021, por medio de los cuales se aprobó el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA**.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

(...). ”.

De acuerdo con lo arriba citado, resulta claro que en su Manual de Contratación **ELECTROHUILA** estableció expresamente algunos principios que deben ser tenidos en cuenta en su actividad contractual, y reconoció que le aplican los principios de la función administrativa, tal y como lo establece la jurisprudencia ya referida en líneas anteriores.

Ahora bien, es importante resaltar que, en desarrollo de los mencionados principios, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben elegir con objetividad a sus contratistas. Para ello, en el marco de los procesos de selección que adelantan deben garantizar la libertad de acceso a los proponentes, la igualdad de condiciones y la existencia de una sana rivalidad que conduzca a la formulación de la mejor oferta para la empresa prestadora contratante. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

*“De esta forma, **la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general**, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.*

*Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas **que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.***

*Así las cosas, el **principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.***²⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

“Y es que si no se garantiza la libre concurrencia de los interesados, se vulnera el principio de selección objetiva, pues al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta”²⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En el caso objeto de estudio, se analizarán a la luz del régimen de la libre competencia económica dos disposiciones aplicadas por **ELECTROHUILA** en sus procesos de selección, a saber: **(i)** el cobro de un precio por el derecho a participar en los procesos de selección y **(ii)** la prohibición de que las ofertas fueran presentadas por figuras plurales, como consorcios o uniones temporales, so pena de ser rechazadas. Estas dos disposiciones habrían restringido la libre competencia económica en las convocatorias públicas adelantadas por **ELECTROHUILA**, en la medida en que con estas se habría omitido la aplicación de los principios mencionados, en particular, los de igualdad, libre concurrencia e imparcialidad.

8.2. Prácticas presuntamente anticompetitivas establecidas por **ELECTROHUILA**

Las dos disposiciones aplicadas por **ELECTROHUILA** en sus procesos de selección que habrían restringido la libre competencia económica se encuadran en el comportamiento proscrito en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En ese entendido, **ELECTROHUILA** habría ejecutado una práctica tendiente a limitar la libre competencia, al restringir de manera desproporcionada e injustificada la participación de oferentes en los procesos de selección que adelantó de 2019 a 2023.

²⁵ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2002-03487, ene. 28/2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2005-0237, ene. 27/2016. M.P. Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

8.2.1. Marco normativo

La prohibición general está contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. El texto es el siguiente:

*“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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 prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos”.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Con fundamento en la norma transcrita, tanto la doctrina de esta Superintendencia²⁷ como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en sentencia C-032 de 2017²⁸, han identificado tres conductas o prohibiciones independientes derivadas de esta disposición normativa, como son: **(i)** los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos o mercancías; **(ii)** toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y **(iii)** toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Para el caso objeto de la presente actuación, esta Delegatura se referirá al segundo punto, esto es, la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. Sobre este punto, esta Superintendencia ha señalado en diferentes oportunidades que se trata de una prohibición general a partir de la cual quedan proscritas todas aquellas prácticas restrictivas de la competencia que, aun cuando no estén descritas de forma expresa y específica dentro del régimen de protección de la libre competencia económica, merecen ser objeto de investigación y sanción, siempre que puedan afectar la libre competencia en los mercados.

En relación con el contenido concreto de esa prohibición es relevante anotar que, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe “(...) *ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece*” constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen cada mercado específico. Así, en el caso objeto de estudio, la prohibición general debe ser interpretada según el régimen de la libre competencia y los principios constitucionales de la función administrativa, conforme el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y los principios establecidos en el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA** que rigen los diferentes procesos contractuales que adelanta esa entidad. Adicionalmente, las disposiciones sobre libre competencia económica consagradas en las leyes 142 y 143 de 1994, como el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 que dispone:

*“Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia”*²⁹ (Subrayado fuera de texto original).

Ahora bien, para efectos de identificar el contenido del subsistema normativo al que pertenece la regla que ahora se analiza y, de esa manera, precisar su sentido y alcance, debe llamarse la atención en que la Corte Constitucional, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política³⁰, ha dejado establecido que la libre competencia económica “consiste

²⁷ Res. 87556/2022, SIC. Res. 83037/2014, SIC. Entre muchas otras.

²⁸ C. Const., Sent. C-032, ene. 25/2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁹ C. Const., Sent. C-150, ene. 25/2003. M.P. Alberto Rojas Ríos. La Corte Constitucional señaló que el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 se ajusta a los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución atendiendo a que “*la obligación que tiene el Estado de mantener la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la ley también ha previsto una serie de disposiciones orientadas a evitar que comportamientos contrarios al mercado conlleven a que la libre competencia no sea un derecho en beneficio de todos, que es la razón por la cual la Constitución lo protege, sino un derecho del cual abusarían quienes se encuentran en una situación de predominio para beneficio propio y en perjuicio de los demás, que son la gran mayoría de los usuarios. Así pues, la ‘prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas’ y la de ‘prácticas tarifarias restrictivas de la competencia’, según lo prescrito por los artículos 34 y 98 de la Ley 142 de 1994, respectivamente, obedece al propósito del legislador de proscribir comportamientos que vulneran el derecho a libre competencia económica, reconocido en el artículo 333 de la Constitución*”.

³⁰ C. Const., Sent. C-197, mar. 14/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; entre otros pronunciamientos.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones” (se resalta).

Adicionalmente, la Corte ha señalado las prerrogativas que hacen parte del concepto de libre competencia económica, entre las que se encuentran “(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario”³¹, aspecto al que se debe agregar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, que el propósito de las actuaciones administrativas que en esta materia adelanta esta Superintendencia consiste en garantizar “la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

De conformidad con lo anterior, el contenido de la prohibición general para el caso concreto se relaciona con garantizar a los agentes la posibilidad de concurrir libremente al mercado en un marco de igualdad de condiciones y sin que se los discrimine de forma injustificada, lo cual constituye un factor fundamental para que se desarrolle una dinámica de competencia sustancial y suficientemente efectiva.

En el contexto de los procesos de selección adelantados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, uno de sus propósitos fundamentales precisamente consiste en que todos los participantes puedan acceder en igualdad de oportunidades a formular sus ofertas y, además, que de ese ejercicio de autonomía y de sana rivalidad se obtengan las mejores condiciones de contratación para la empresa contratante, que en este caso tiene una participación de más del 99% del Estado.

Adicionalmente, la garantía de los principios de la función administrativa, como la igualdad³², la imparcialidad y la transparencia, alcanzan el objetivo de proteger la libre competencia económica, en la medida en que se apoyan en la libertad de acceso para los proponentes, en la transparencia en materia de requisitos y condiciones, y en la existencia de una sana rivalidad que conduzca a la escogencia en igualdad de condiciones para los agentes contratantes. De ahí la importancia de su consideración y análisis al momento de evaluar conductas anticompetitivas en el marco de procesos de contratación adelantados por entidades públicas.

Partiendo de lo anterior, en la dinámica propia de los procesos de contratación que adelantan las entidades públicas, estas demandan bienes y servicios para la gestión de sus funciones. En ese escenario, determinan las necesidades que requieren satisfacer a través de la contratación de bienes y servicios y con base en ellas fijan las condiciones que van a regir el proceso de selección para elegir la mejor oferta que satisfaga sus necesidades. De esta forma, para el caso concreto el mercado relevante está determinado por cada uno de los procesos de selección adelantados por **ELECTROHUILA**³³. Dicho lo anterior, es importante aclarar que en esa estructuración de los procesos de selección y en la determinación de las condiciones que los regirán, las entidades también deben observar las normas a las que está sujeta su actividad contractual. En el caso de **ELECTROHUILA**, como ya se mencionó, está sujeta a su propio Manual de Contratación, a lo previsto en el régimen especial para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a las normas de derecho privado y a los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Ahora bien, en la determinación de las condiciones que aplicarían para los procesos de selección adelantados por **ELECTROHUILA**, se habrían establecido condiciones que dificultan o impiden

³¹ C. Const., Sent. C-197, mar. 14/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; entre otros pronunciamientos.

³² C.E., Sec. Tercera, Sent. 2018-10299, ago. 13/2020. M.P. María Adriana Marín. “(...) la administración debe ceñirse a los criterios de evaluación en condiciones de transparencia, igualdad y objetividad, dado que la favorabilidad no podrá determinarse por factores diferentes a los contenidos en el pliego de condiciones y, por otro, los proponentes tienen el derecho de participar en igualdad de condiciones y a que su oferta sea evaluada, calificada y ponderada por la entidad de conformidad con las reglas previstas en el mismo pliego”.

³³ En este punto es relevante precisar, que el análisis de la Delegatura está enfocado en aquellos procesos de contratación que adelanta **ELECTROHUILA** para el desarrollo de su objeto y su funcionamiento, más no los contratos de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

considerablemente la entrada de nuevos participantes dentro del mercado determinado. Estas condiciones se entenderían como un elemento disuasorio para que nuevos competidores puedan ingresar al mercado, lo cual crea desafíos significativos que limitan la competencia³⁴. En otras palabras, **ELECTROHUILA** habría establecido barreras de entrada injustificadas y desproporcionadas mediante las disposiciones que ha decidido aplicar en los procesos de selección contractual que adelanta.

Es preciso resaltar que las barreras de entrada en un mercado pueden ser: **(i)** naturales, referidas a las que surgen de las características propias de cada sector, como por ejemplo las economías de escala, en las que se disminuye el costo unitario cuando se aumenta la producción favoreciendo a las grandes empresas; **(ii)** artificiales, las que corresponden a obstáculos estratégicos que imponen los agentes que ya participan dentro de un mercado para no permitir u obstaculizar la entrada de nuevos participantes, ejemplo claro de esta conducta son contratos de exclusividad con proveedores o distribuidores; y **(iii)** legales o regulatorias, que corresponden a normas o decretos dictados por una autoridad competente que impide la entrada de nuevos competidores al mercado, como por ejemplo una licencia de explotación de un recurso natural³⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, independientemente de la clasificación de los tipos de barreras, se reconoce que las mismas existen y que estas, de una u otra manera, afectan la forma en la que los potenciales oferentes pueden participar en un mercado³⁶.

En el caso bajo estudio, **ELECTROHUILA** habría establecido condiciones que dificultan o impiden considerablemente la entrada de nuevos participantes dentro del mercado determinado, lo que materializaría una barrera de entrada artificial a los procesos de selección adelantados por la empresa y estaría generando un mercado menos competitivo y eficiente.

8.2.2. Análisis del comportamiento de ELECTROHUILA

A continuación se describirán las prácticas presuntamente restrictivas de la competencia que la Delegatura habría evidenciado en los diferentes procesos de selección contractual adelantados por **ELECTROHUILA**. En una primera parte se presentarán las reglas presuntamente anticompetitivas establecidas por **ELECTROHUILA** que son aplicadas a los procesos de contratación que adelanta **(8.2.2.1.)**. En la segunda parte se analizará la forma en la que se habría materializado la presunta práctica anticompetitiva por parte de **ELECTROHUILA** en algunos procesos de contratación adelantados en el periodo comprendido entre 2019 y 2023.

8.2.2.1. Reglas establecidas por ELECTROHUILA en los procesos de contratación que adelanta

Precisados los fundamentos por los cuales el comportamiento desplegado por parte de **ELECTROHUILA**, objeto de estudio de la presente actuación, puede ser presuntamente considerado restrictivo de la libre competencia en el marco de los procesos de selección contractual que adelanta, la Delegatura presentará las dos reglas referidas en los documentos expedidos por **ELECTROHUILA**.

³⁴ Ver Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law. Pág 13. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>

³⁵ SIC. *Guía de análisis de integraciones empresariales (trámites de pre-evaluación)*. P. 25. Disponible en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%A0Da%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%A0Da%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20(1).pdf).

³⁶ Dilek, Serkan, and Seyfi Top. "Is Setting Up Barriers To Entry Always Profitable For Incumbent Firms?" *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 58 (2012): 774-782. La Doctrina especializada ha propuesto varias clasificaciones de barreras a la entrada. Así, las barreras pueden ser endógenas (aquellas que nacen de la estructura del mercado y no pueden ser controladas por los agentes del mercado) o exógenas (aquellas que son creadas por los agentes). Otra clasificación plantea la división entre barreras estructurales o técnicas y barreras de comportamiento o estratégicas. (Traducción propia).

Motta, Massimo. *Política de competencia: teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica, 2022. P. 288. Igualmente, Massimo Motta, plantea que las barreras de entrada pueden ser “tecnológicas (*know-how que se tiene que aprender, pero también patentes que protegen a las empresas ya existentes*), administrativas (*por ejemplo, cuando se necesitan licencias o permisos gubernamentales para operar*), vinculadas al mercado financiero (*las empresas podrían tener dificultades para obtener el financiamiento de la nueva empresa*) y muchas otras”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

I. Primera presunta práctica restrictiva: cobro por el derecho a participar en los procesos de selección adelantados por ELECTROHUILA

En el Manual de Contratación aprobado por medio del Acuerdo No. 14 del 20 de diciembre de 2019, fue establecida la siguiente regla:

“ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO. – INVITACIÓN:

(...)

2. INVITACIÓN PÚBLICA

Se hará solicitud pública de oferentes mediante aviso en un periódico de amplia circulación o a través de la página web de ELECTROHUILA S.A. E.S.P., en la que se publicarán los términos de referencia cuando el contrato que se pretende celebrar sea superior a los 1000 SMLMV, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo trigésimo.

En este evento, la entidad cobrará por el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con el porcentaje que para el efecto establezca la Gerencia General³⁷
(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, el Manual de Contratación fue modificado por el Acuerdo No. 07 del 28 de mayo de 2021. Sin embargo, la regla sobre el cobro por el derecho a participar no sufrió ninguna modificación, y en ese entendido fue establecido lo siguiente:

“ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO. – INVITACIÓN:

(...)

2. INVITACIÓN PÚBLICA

Se hará solicitud pública de oferentes mediante aviso en un periódico de amplia circulación o a través de la página web de ELECTROHUILA S.A. E.S.P., en la que se publicarán los términos de referencia cuando el contrato que se pretende celebrar sea superior a los 1350 SMLMV, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo trigésimo.

En este evento, la entidad cobrará por el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con el porcentaje que para el efecto establezca la Gerencia General³⁸
(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, según el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA** la determinación del precio que se cobraría por el derecho a participar en los procesos de selección le correspondía a la Gerencia General. En ese sentido, a través del documento de gerencia No. 276 del 26 de diciembre de 2019 dicho precio se determinó de la siguiente forma:

“PRIMERO: FIJAR como tarifa para el pago de derechos de participación en los procesos de contratación de invitación pública el 0.1% del presupuesto oficial de cada proceso, el cual se aproximará por exceso o por defecto al múltiplo de mil más cercano, valor este que deberá ser consignado en las cuentas de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. que se designen en los términos de referencia de cada proceso contractual” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

³⁷ Radicado No. 20-419818-28, archivos “REGLAMENTODECONTRATACION” y “MANUAL-DE-CONTRATACION-2021-V-6-DEFINITIVA-firmada_LINA-OBREGON_OK_SUSCRITO_AVO_JUN_22_2021” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818--0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 2 TRAMITE PROVEEDORES / MANUAL DE CONTRATACION. Acuerdo No. 018 del 29 de septiembre de 2006, modificado por el Acuerdo No. 14 de 20 diciembre de 2019, a su vez modificado por el Acuerdo No. 07 de 28 de mayo de 2021, por medio de los cuales se aprobó el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA**.

³⁸ Radicado No. 20419818-22, archivo 20419818—0000200004 del CP1-ELECT del CP.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Posteriormente, el 12 de enero de 2021, a través del documento de gerencia No. 014, la mencionada tarifa fue disminuida con el fin de “*dar mayor participación y pluralidad*”, así:

“
CONSIDERANDO QUE:
 (...)”

CUARTO: Con el propósito de dar mayor participación y pluralidad de oferentes, se modificará la tarifa para el pago de derechos de participación en los procesos de contratación de invitación pública, de tal forma que se reduzca al 0.01% del presupuesto de cada proceso.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la cláusula primera del documento de gerencia No. 276 del 26 de diciembre de 2019, la cual quedará así:

‘PRIMERO: FIJAR como tarifa para el pago de derechos de participación en los procesos de contratación de invitación pública el 0.01% del presupuesto oficial de cada proceso, el cual se aproximará por exceso o por defecto al múltiplo de mil más cercano, valor este que deberá ser consignado en las cuentas de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. que se designen en los términos de referencia de cada proceso contractual”³⁹
 (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Conforme lo expuesto, la disminución de la tarifa por el derecho a participar en los procesos de selección respondió a una preocupación de **ELECTROHUILA** por dar una “*mayor participación y pluralidad de oferentes*”. Es decir, **ELECTROHUILA** evidenció que efectivamente el cobro por el derecho a participar era una limitación y que en esa medida atentaba contra la pluralidad de oferentes. Ahora bien, aunque el porcentaje disminuyó, la Delegatura considera que el cobro por el derecho a participar seguiría siendo un claro desincentivo para participar en los procesos de contratación realizados por **ELECTROHUILA**.

A continuación se exponen a modo de ejemplo tres (3) Términos de Referencia de tres (3) invitaciones públicas adelantadas por **ELECTROHUILA**, con el fin de presentar la forma en la que se regula en cada proceso de selección el cobro por el derecho a participar.

(i) Invitación Pública – EHUI-SGAL-140-2020

Conforme lo expuesto en los Términos de Referencia de este proceso, su objeto era el de “*Suministrar el servicio de transporte público terrestre automotor especial y de carga a todo costo para las actividades de los procesos Gerencial, Distribución, Comercialización y Apoyo de Electrohuila S.A. E.S.P.*”⁴⁰.

Así mismo, en el aparte **2.1.1**, se reguló el derecho a participar, así:

“2.1.1 DERECHO A PARTICIPAR

*El derecho a participar en el presente proceso de contratación **tendrá un valor no reembolsable** de dieciséis millones treinta y ocho mil pesos (\$16.038.000) M/Cte. Conforme a lo anterior, la persona que haya consignado la suma en mención no podrá exigir su reintegro si decide no participar en el proceso. El valor deberá consignarse a nombre de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. en la cuenta corriente número 390-01009-8 del Banco Popular, indicando en el comprobante: “DERECHO A PARTICIPAR EN LA INVITACIÓN PÚBLICA EHUI-SGAL-140-2020”. Copia del recibo de consignación se deberá adjuntar a la propuesta lo cual dará el derecho a participar en la INVITACIÓN*

³⁹ Folio 28, archivo “DG No. 276-2019” del Cuaderno reservado general físico 1 (en adelante “CRGF1”) del Cuaderno reservado general (en adelante “CRG”). La ruta es la siguiente: CRG / CRGF1 / F028 / PUNTO 8.

⁴⁰ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-140-2020_TERMINOS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 13 – EHUI-SGAL-140-2020.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

PÚBLICA EHUI-SGAL-140- 2020. El plazo máximo para consignar será el establecido en el cronograma⁴¹ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

(ii) Invitación Pública – EHUI-SD-056-2019:

Conforme lo expuesto en los Términos de Referencia del referido proceso de selección, su objeto era el “*Diseño detallado, fabricación, suministro, transporte al sitio, construcción, montaje, asesoría, pruebas y puesta en servicio de la línea a 115 kV Altamira-La Plata y sus módulos asociados, Subestación La Plata 115/34.5 kV y las líneas de conexión a la red del SDL incluyendo Plan de Manejo y Gestión Ambiental, Social y Arqueológica aplicable al proyecto*”⁴².

Así mismo, en el aparte 2.19.1. se reguló el derecho a participar, así:

“2.19.1 Derecho a participar

*El derecho a participar en el presente proceso de contratación **tendrá un valor no reembolsable de treinta y siete millones de pesos (\$37.000.000) M/Cte.** Conforme a lo anterior, **la persona que haya consignado la suma en mención no podrá exigir su reintegro si decide no participar en el proceso.** El valor deberá consignarse a nombre de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. en la cuenta corriente número 390-01009-8 del Banco Popular, indicando en el comprobante: “DERECHO A PARTICIPAR EN LA INVITACIÓN PÚBLICA EHUI-SD-056-2019”. Copia del recibo de consignación se deberá adjuntar a la propuesta lo cual dará el derecho a participar en la INVITACIÓN PÚBLICA EHUI-SD-056-2019. El plazo máximo para consignar será el establecido en el cronograma.”⁴³ (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

(iii) Invitación Pública – EHUI-SD-004-2020

Conforme lo expuesto en los Términos de Referencia de este proceso de selección contractual, su objeto era la contratación del “*Servicio de línea viva a contacto, potencial y termografía para mejorar la calidad del servicio en los circuitos urbanos del sistema eléctrico a cargo del operador de red Electrohuila S.A. E.S.P. en las zonas Neiva- Norte, Zona Sur, Zona Centro y Occidente del departamento del Huila.*”⁴⁴.

En el aparte 2.1.1. se reguló el derecho a participar, así:

“2.1.1 DERECHO A PARTICIPAR

*El derecho a participar en el presente proceso de contratación **tendrá un valor no reembolsable de veintiún millones de pesos (\$21.000.000) M/Cte.** Conforme a lo anterior, **la persona que haya consignado la suma en mención no podrá exigir su reintegro si decide no participar en el proceso.** El valor deberá consignarse a nombre de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. en la cuenta corriente número 390-01009-8 del Banco Popular, indicando en el comprobante: “DERECHO A PARTICIPAR EN LA INVITACIÓN PÚBLICA EHUI-SD-004-2020”. Copia del recibo de consignación se deberá adjuntar a la propuesta lo cual dará el derecho a participar en la INVITACIÓN PÚBLICA EHUI-SD-004-2020. El plazo máximo para consignar será el establecido en el cronograma.”⁴⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

De lo anterior se evidenciaría que **ELECTROHUILA** no incluyó en ninguno de los documentos que rigen su contratación y los procesos que adelanta una justificación para cobrar por el derecho a participar en las invitaciones públicas, ni tampoco una explicación sobre la forma en la que

⁴¹ Ibidem.

⁴² Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SD-056-2019_TERMINOS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 15 – EHUI-SD-056-2019.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SD-004-2020_TERMINOS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 16 – EHUI-SD-004-2020.

⁴⁵ Ibidem.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

determina el valor a cobrar. Tal como se analizará más adelante (**8.2.2.2.**), el cobro por el derecho a participar en las invitaciones públicas desincentivaría la participación de posibles oferentes en los procesos de selección adelantados por **ELECTROHUILA**.

II. Segunda presunta práctica restrictiva: Rechazo de las ofertas presentadas por figuras plurales (consorcios y uniones temporales)

La segunda presunta práctica restrictiva de la competencia por parte de **ELECTROHUILA** habría consistido en establecer una causal de rechazo en los términos de referencia de las invitaciones públicas, según la cual aquellas propuestas que fueran presentadas por uniones temporales, consorcios o cualquier figura plural serían rechazadas. La Delegatura revisó el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA** y constató que no hay una disposición donde se establezca expresamente la causal de rechazo en cuestión o una relativa a la negativa a contratar con uniones temporales, consorcios o cualquier figura plural. Incluso, en el “**ARTÍCULO OCTAVO**” del Manual de Contratación, tanto el vigente en 2019 como en la reforma de 2021, se evidenció que **ELECTROHUILA** incluyó un precepto relacionado con los sujetos con capacidad para contratar con la empresa de servicios públicos, y no estableció nada en relación con las figuras plurales.

A continuación se expone el artículo referido:

“ARTÍCULO OCTAVO. – CAPACIDAD PARA CONTRATAR: Pueden celebrar contratos con **ELECTROHUILA S.A. E.S.P.** los considerados legalmente capaces en las disposiciones legales, que no estén incurso en algunas de las causales consagradas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007”⁴⁶.

En ese sentido, de acuerdo con el artículo presentado, podrán contratar con **ELECTROHUILA** los capaces para ello de acuerdo con lo establecido en la Ley, que no estén incurso en las causales previstas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. Tal como se mostrará más adelante (**8.2.2.2.**), dentro de estos sujetos considerados legalmente capaces se encontrarían los agentes que decidieran participar mediante uniones temporales, consorcios y otras figuras plurales. Esto sería así porque la Delegatura evidenció que **ELECTROHUILA** ha celebrado contratos con uniones temporales y consorcios⁴⁷.

No obstante lo anterior, en los términos de referencia de algunas invitaciones públicas adelantadas por **ELECTROHUILA**, la empresa prestadora de servicios públicos incluyó como causal de rechazo de ofertas el hecho de que estas fueran presentadas por uniones temporales, consorcios o cualquier otra figura plural de asociación, como pasa a exponerse a continuación:

(i) Invitación Pública - EHUI-SD-144-2021

El objeto del proceso de selección referenciado consistía en la *“Verificación y construcción, instalación e implementación de soluciones de energía sostenible consistentes en sistemas solares*

⁴⁶ Radicado No. 20-419818-28, archivos “*REGLAMENTODECONTRATACION*” y “*MANUAL-DE-CONTRATACION-2021-V-6-DEFINITIVA-firmada_LINA-OBREGON_OK_SUSCRITO_AVO_JUN_22_2021*” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818--0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 2 TRAMITE PROVEEDORES / MANUAL DE CONTRATACION. Acuerdo No. 018 del 29 de septiembre de 2006, modificado por el Acuerdo No. 14 de 20 diciembre de 2019, a su vez modificado por el Acuerdo No. 07 de 28 de mayo de 2021, por medio de los cuales se aprobó el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA**.

⁴⁷ Radicado No. 20-419818-22 del CP1-ELECT. La Delegatura se refiere a los siguientes procesos de invitación pública: **(i) EHUI-SD-056-2019**, cuyo objeto era *“Diseño detallado, fabricación, suministro, transporte al sitio, construcción, montaje, asesoría, pruebas y puesta en servicio de la línea a 115 kV Altamira-La Plata y sus módulos asociados, Subestación La Plata 115/34.5 kV y las líneas de conexión a la red del SDL incluyendo Plan de Manejo y Gestión Ambiental, Social y Arqueológica aplicable al proyecto*”. El adjudicatario fue el **CONSORCIO PERLUN-INCER**. **(ii) EHUI-SD-063-2023**, cuyo objeto era *“Ampliación y construcción de redes eléctricas en media y baja tensión en 41 veredas del municipio de Suaza departamento del Huila. Contrato FAER GGC-488-2022 suscrito entre La Nación-Ministerio de Minas y Energía y la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.”*. El adjudicatario fue el **CONSORCIO D&D SUAZA 2023**. **(iii) EHUI-SD-093-2021**, cuyo objeto era *“Construcción de la subestación Palestina 2.5 MVA 34.5/13.8 kV y línea de alimentación Solarte Pitalito – Palestina 34.5 kV con adecuación en subestación Solarte y en circuitos 13.8 kV Palestina para división de carga en nuevos circuitos – Plan de inversiones*”. El adjudicatario fue la **UNIÓN TEMPORAL PALESTINA**.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

fotovoltaicos individuales (SSFVI) para generar Página 2 de 93 electricidad para usuarios rurales dispersos en las zonas no interconectadas (ZNI) del municipio de San Vicente del Caguán del departamento del Caquetá, en las veredas Esmeralda de Lobo, Tailandia, Las Piscinas, Resguardo indígena Llanos del Yari Yaguara II, Alta Gracia, Resguardo Indígena Embera chamid La Libertad 2, Planadas del Yari, Turpial 1, Patio Bonito, Bajo Palermo, La Novia, La Cadena, Pensilvania, Los Lirios, El Sinai, Betania, Las Gaviotas, Las Violetas, El Alcaraban, Palermito, La Primavera, La Libertad 2, Circacias, La Holanda, Mandalay, Yarumales 3, Villa Carmona, El Azulejo, La Heliconia, Palmichales N1, Tuprial 1, El Progreso, Alto Yari, La Danta, Banderas, Los Andes, en el marco del Contrato FAZNI Minminas GGC-615 DE 2020, suscrito entre la Nación - Ministerio de Minas y Energía y la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. - ELECTROHUILA S.A. E.S.P.”⁴⁸.

En el aparte 2.5. de los Términos de Referencia, fueron reguladas las causales de rechazo de las ofertas, entre las que se encontraba la siguiente causal

“(…)

2.5. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS.

“(…)

22. Cuando la oferta sea presentada por consorcio, unión temporal o cualquier forma conjunta”⁴⁹ (Destacado fuera del texto original).

(ii) Invitación Pública - EHUI-SAF-009-2021

El objeto de este proceso de selección consistía en “Contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada permanente para todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., y de todos aquellos por los cuales llegue a ser responsable”⁵⁰.

En el aparte 2.4. de los Términos de Referencia fueron reguladas las causales de rechazo de las ofertas, dentro de las cuales se encontraba la siguiente:

“(…)

2.4. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS.

“(…)

21. Cuando la oferta sea presentada por consorcio, unión temporal o cualquier forma conjunta”⁵¹.

(iii) Invitación Pública - EHUI-SC-076-2022

El objeto del proceso de selección referenciado consistía en la “Compra de facturas tamaño carta / papel natural laser 72 grs que contengan todos los requerimientos de ley e información para el usuario”⁵².

En el aparte 2.3. de los Términos de Referencia se regularon las causales de rechazo de las ofertas, dentro de las cuales fue incluida la siguiente:

⁴⁸ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SD-144-2021_EHUI-SD-144-2021 TERMINOS DE REFERENCIA” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 50 – EHUI-SD-144-2021.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Radicado No. 20-419818-22, archivo “T REFERENCIA” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 2 – EHUI-SAF-009-2021.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SC-076-2022_EHUI-SC-076-2022 terminos de referencia” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 27 – EHUI-SC-076-2022.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

(...)

2.3. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS.

(...)

22. Cuando la oferta sea presentada por consorcio, unión temporal o cualquier forma conjunta⁵³.

Tal como se analizará más adelante, la regla expuesta afectaría la libre competencia económica. Primero, porque estaría limitando la concurrencia de oferentes para proveer los bienes y servicios que **ELECTROHUILA** demanda para el desarrollo de su actividad económica. Dicha situación privaría a la empresa de servicios públicos de obtener las mejores ofertas disponibles y esto, a su vez, se traduciría en menores eficiencias en la gestión de la empresa que necesariamente se traducirían en condiciones de prestación de servicio menos favorables para los consumidores. Segundo, porque limitaría el desarrollo de la competencia en los procesos de selección, teniendo en cuenta que las figuras plurales son herramientas que tienen precisamente el propósito de promover la participación de nuevos competidores.

8.2.2.2. Convocatorias públicas adelantadas por ELECTROHUILA presuntamente afectadas

La Delegatura realizó una revisión de los procesos publicados por **ELECTROHUILA** en su página web⁵⁴, adelantados de 2019 a 2023,. Allí se encontraron documentos contractuales como estudios del sector, pliegos, respuestas a observaciones y aclaraciones, actas de cierre, documentos de gerencia que contenían el número de proponentes y el adjudicatario, entre otros. De dicha revisión llamaron la atención de la Delegatura por lo menos cincuenta y cinco (55) invitaciones públicas cuyo presupuesto total asciende a la suma de 251.090.522.547 COP (Tabla No. 2), que se analizan a continuación⁵⁵.

Tabla No. 2: INVITACIONES PÚBLICAS ADELANTADAS POR ELECTROHUILA IDENTIFICADAS POR LA DELEGATURA

No.	NOMBRE DEL PROCESO	No. DE AGENTES IDENTIFICADOS EN ESTUDIOS SECTOR	No. DE AGENTES QUE PRESENTARON PROPUESTA	PORCENTAJE DE COBRO EN EL DERECHO A PARTICIPAR	VALOR QUE DEBÍA PAGAR POR PARTICIPAR	¿ESTABLECEN COMO CAUSAL DE RECHAZO QUE UNA OFERTA SEA PRESENTADA POR FIGURAS PLURALES?	ESTADO DE LA INVITACIÓN PÚBLICA
1	EHUI-SD-004-2019	No se publicaron estudios	2	0.1%	\$ 1.300.000	SÍ	DESIERTO
2	EHUI-SD-014-2019	No se publicaron estudios	1	0.1%	\$ 2.400.000	SÍ	ADJUDICADO
3	EHUI-SD-046-2019	No se publicaron estudios	2	0.1%	\$ 1.400.000	SÍ	ADJUDICADO
4	EHUI-SC-017-2019	No se publicaron estudios	2	0.1%	\$ 3.100.000	NO	ADJUDICADO
5	EHUI-SD-056-2019	No se publicaron estudios	3	0.1%	\$ 37.000.000	NO	ADJUDICADO
6	EHUI-SD-045-2019	No se publicaron estudios	4	0.01%	\$ 3.200.000	SÍ	ADJUDICADO
7	EHUI-SD-044-2019	No se publicaron estudios	3	0.1%	\$ 7.600.000	SÍ	ADJUDICADO
8	EHUI-SAF-141-2019	No se publicaron estudios	8	No aplica	\$ 10.000.000	SÍ	ADJUDICADO
9	EHUI-SAF-022-2020	9	3	0.1%	\$ 1.671.000	SÍ	ADJUDICADO
10	EHUI-SD-031-2020	10	1	0.1%	\$ 1.317.000	SÍ	ADJUDICADO
11	EHUI-SD-032-2020	10	1	0.1%	\$ 1.469.000	SÍ	ADJUDICADO
12	EHUI-SGAL-140-2020	12	1	0.1%	\$ 16.038.000	SÍ	ADJUDICADO
13	EHUI-SD-004-2020	4	1	0.1%	\$ 21.000.000	SÍ	ADJUDICADO
14	EHUI-SD-033-2020	3	Grupo 1: (3) Grupo 2:	0.1%	Grupo 1: (\$10.180.00)	SÍ	ADJUDICADO

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818--0002200005 del CP1-ELECT del CP.

⁵⁵ Los objetos de los procesos identificados por la Delegatura están relacionados con la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, la compra de postes, la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor especial y de carga, ejecución de obras públicas, el suministro de cable, de dispositivos móviles, papelería y de otros bienes y servicios.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

No.	NOMBRE DEL PROCESO	No. DE AGENTES IDENTIFICADOS EN ESTUDIOS SECTOR	No. DE AGENTES QUE PRESENTARON PROPUESTA	PORCENTAJE DE COBRO EN EL DERECHO A PARTICIPAR	VALOR QUE DEBÍA PAGAR POR PARTICIPAR	¿ESTABLECEN COMO CAUSAL DE RECHAZO QUE UNA OFERTA SEA PRESENTADA POR FIGURAS PLURALES?	ESTADO DE LA INVITACIÓN PÚBLICA
			(2)		Grupo 2: (\$3.291.000)		
15	EHUI-GG-091-2020	5	2	0.1%	\$ 9.867.000	SÍ	ADJUDICADO
16	EHUI-SD-170-2020	6	1	0,1%	\$ 4.915.000	SÍ	DESIERTO
17	EHUI-SGAL-012-2020	5	1	0,1%	\$ 9.450.000	SÍ	ADJUDICADO
18	EHUI-SAF-009-2021	8	3	0.01%	\$ 217.000	SÍ	ADJUDICADO
19	EHUI-SD-035-2021	15	1	0.01%	\$ 106.500	SÍ	DESIERTO
20	EHUI-SD-043-2021	13	1	0.01%	\$ 190.000	SÍ	DESIERTO
21	EHUI-SD-077-2021	13	3	0.01%	\$ 218.000	SÍ	ADJUDICADO
22	EHUI-SD-047-2021	4	3	0.01%	\$ 518.000	SÍ	ADJUDICADO
23	EHUI-SD-078-2021	5	3	0.01%	\$ 846.000	SÍ	ADJUDICADO
24	EHUI-SD-042-2021	5	0	0.01%	\$ 525.000	SÍ	DESIERTO
25	EHUI-SAF-091-2021	No se publicaron estudios	11	No aplica	\$ 10.000.000	SÍ	ADJUDICADO
0	EHUI-SC-010-2021	4	1	0,01%	\$ 217.000	SÍ	ADJUDICADO
27	EHUI-SC-052-2021	7	2	0,01%	\$ 123.000	SÍ	ADJUDICADO
28	EHUI-SC-053-2021	3	1	0,01%	\$ 138.000	SÍ	ADJUDICADO
29	EHUI-SC-158-2021	7	2	0,01%	\$ 662.000	SÍ	ADJUDICADO
30	EHUI-SC-159-2021	7	1	0,01%	\$ 662.000	SÍ	ADJUDICADO
31	EHUI-SC-160-2021	7	2	0,01%	\$ 634.000	SÍ	ADJUDICADO
32	EHUI-SD-093-2021	6	9	0,01%	\$ 494.000	NO	ADJUDICADO
33	EHUI-SD-144-2021	6	2	0,01%	\$ 1.246.493	SÍ	ADJUDICADO
34	EHUI-SD-157-2021	6	2	0,01%	\$ 178.155	SÍ	ADJUDICADO
35	EHUI-SD-170-2021	6	1	0,01%	\$ 774.255	SÍ	ADJUDICADO
36	EHUI-SD-174-2021	7	3	0,01%	\$ 133.000	SÍ	ADJUDICADO
37	EHUI-SD-179-2021	7	0	0,01%	\$ 186.643	SÍ	DESIERTO
38	EHUI-SD-191-2021	7	2	0,01%	\$ 263.000	SÍ	ADJUDICADO
39	EHUI-SAF-058-2022	8	1	0.01%	\$ 230.000	SÍ	ADJUDICADO
40	EHUI-SD-068-2022	7	2	0.01%	\$ 73.000	SÍ	ADJUDICADO
41	EHUI-SD-055-2022	7	1	0.01%	\$ 9.187.000	SÍ	DESIERTO
42	EHUI-SC-076-2022	5	1	0.01%	\$ 11.000	SÍ	ADJUDICADO
43	EHUI-SC-071-2022	5	0	0.01%	\$ 11.000	SÍ	DESIERTO
44	EHUI-SC-074-2022	5	0	0.01%	\$ 11.000	SÍ	DESIERTO
45	EHUI-GG-069-2022	4	1	0.01%	\$ 89.000	SÍ	ADJUDICADO
46	EHUI-SAF-070-2022	No se publicaron estudios	14	No aplica	\$ 10.000.000	SÍ	ADJUDICADO
47	EHUI-SD-064-2022	5	0	0,01%	\$ 390.000	SÍ	DESIERTO
48	EHUI-SD-067-2022	4	1	0,01%	\$ 73.181	SÍ	DESIERTO
49	EHUI-SD-072-2022	7	1	0,01%	\$ 37.539	SÍ	DESIERTO
50	EHUI-SD-077-2022	5	1	0,01%	\$ 829.000	SÍ	DESIERTO
51	EHUI-SD-083-2022	7	1	0,01%	\$ 158.000	SÍ	DESIERTO
52	EHUI-SD-092-2022	7	1	0,01%	\$ 158.000	SÍ	DESIERTO
53	EHUI-SAF-016-2023	9	2	0.01%	\$ 263.266	SÍ	ADJUDICADO
54	EHUI-SD-063-2023	6	2	0.01%	\$ 1.980.000	NO	ADJUDICADO
55	EHUI-SD-050-2023	7	1	0,01%	\$ 328.000	SÍ	ADJUDICADO

Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁵⁶.

De conformidad con lo expuesto, es relevante mencionar que en once (11) procesos de los cincuenta y cinco (55) analizados, la entidad no publicó estudios del sector. Ahora bien, estas invitaciones públicas evidenciarían una baja concurrencia, e incluso en la mayoría de estos procesos se halló una diferencia significativa entre el número de los agentes identificados en los estudios del sector como potenciales oferentes y los que efectivamente presentaron oferta. Así, en cuarenta y cuatro (44) procesos de los cincuenta y cinco (55) analizados, se identificaron múltiples proveedores en el estudio de mercado, pero se presentaron menos del 60% de los posibles proveedores identificados. La razón de la baja concurrencia, y la diferencia entre los potenciales oferentes y los que efectivamente presentaron propuesta, correspondería a las barreras de entrada injustificadas que determinó **ELECTROHUILA** en el Manual de Contratación y en los términos de referencia de las invitaciones públicas analizadas.

⁵⁶ Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818--0002200005 del CP1-ELECT del CP.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Para ilustrar lo anterior, se encuentra el proceso **EHUI-SGAL-140-2020**⁵⁷, en el que se evidenció lo siguiente: **(i)** las condiciones del proceso establecían el cobro por el derecho a participar y la restricción de presentar oferta por parte de figuras plurales, so pena de rechazo; **(ii)** el estudio de mercado identificó doce (12) potenciales oferentes y sólo fue presentada oferta por parte de un proponente; **(iii)** seis (6) potenciales proponentes presentaron observaciones relacionadas con el cobro del derecho a participar⁵⁸; **(iv)** doce (12) potenciales proponentes presentaron observaciones relacionadas con la restricción de presentación de ofertas por parte de figuras plurales⁵⁹; y **(v)** se cobró por el derecho a participar el monto de \$16.038.000.

Otro ejemplo es el proceso **EHUI-SGAL-012-2020**⁶⁰, en el que se identificaron las siguientes circunstancias: **(i)** las condiciones del proceso establecían el cobro por el derecho a participar y la restricción de presentar oferta por parte de figuras plurales, so pena de rechazo; **(ii)** el estudio de mercado identificó cinco (5) potenciales oferentes y sólo se presentó oferta por parte de un proponente; **(iii)** siete (7) potenciales proponentes presentaron observaciones relacionadas con el cobro por el derecho a participar⁶¹; y **(iv)** fue cobrado el derecho a participar por un monto de \$9.450.000.

Otro ejemplo está relacionado con los procesos de compra de facturas. En ese caso se evidenciaron tres procesos de selección en 2022⁶², todos con el mismo objeto consistente en la “*Compra de facturas tamaño carta / papel natural laser 72 grs que contengan todos los requerimientos de ley e información para el usuario*”. De estos, dos (2) procesos quedaron desiertos: **EHUI-SC-071-2022** y **EHUI-SC-074-2022**. Incluso, en el proceso **EHUI-SC-074-2022** se

⁵⁷ El objeto era: “Suministrar el servicio de transporte público terrestre automotor especial y de carga a todo costo para las actividades de los procesos Gerencial, Distribución, Comercialización y Apoyo de Electrohuila S.A. E.S.P.”.

⁵⁸ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-140-2020_RESPUESTAS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 13 – EHUI-SGAL-140-2020. Algunas de las observaciones fueron: “Deseamos saber en que se basan para cobrar el valor de (\$16.038.000) para el derecho de participar en el proceso. Este monto es extremadamente costoso y limita de alguna forma la participación equitativa de las empresas. Además al tener este costo no se tiene en cuenta el valor que se debe pagar en pólizas”. O “Quisiera saber el valor del derecho a participar porque están (sic) alto y en el pliego dice que este no será devuelto porque esta razón”. O “Solicitamos a la Entidad que el derecho a participar en el proceso de contratación no tenga ningún valor, debido a que la invitación la rigen parámetros que solo favorecen a un proponente, esto de acuerdo los principios rectores del manual de contratación de ELECTROHUILA, como son la igualdad, imparcialidad y transparencia. Requerimos esto con el fin de no limitar la participación de las diferentes empresas y así contar con una convocatoria pública transparente que esté acorde a los principios Rectores del Acuerdo N. 14 de 20 de diciembre de 2019 por el cual se aprueba el Manual de Contratación de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.”.

⁵⁹ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-140-2020_RESPUESTAS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818—0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 13 – EHUI-SGAL-140-2020. Algunas de las observaciones fueron: “Solicitamos se nos aclare si se permitirá presentar la propuesta por uniones temporales y/o consorcios, esto teniendo en cuenta que dentro de las causales de rechazo numeral 22, no está permitido, pero en varios apartes del pliego de condiciones, se habla de la presentación de estas figuras plurales”. O “Como se puede evidenciar la entidad no es clara y busca confundir a los oferentes, toda vez que por un lado es causal de rechazo la presentación de la oferta en consorcio o unión temporal. Por lo anterior se solicita a la entidad cumplir con lo establecido en la ley y la norma permitir participar a los consorcios y las uniones temporales y no limitar el proceso al no dejar presentar las ofertas conjuntas toda vez que estas buscan cumplir con la capacidad de contratar”.

⁶⁰ El objeto era: “Suministro de personal temporal para atender actividades ocasionales o transitorias; reemplazos por vacaciones, licencias, permisos sindicales y/o incapacidades, así como también apoyar la ejecución de proyectos específicos y nuevos del negocio, requeridos por la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.”.

⁶¹ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-012-2020_RESPUESTAS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 57 – EHUI-SGAL-012-2020. Algunas de las observaciones fueron: “DERECHO A PARTICIPAR hay alguna posibilidad de que este derecho de participación se solicite al oferente ganador?”. O “El numeral 2.1.1 Derechos a Participar encontramos que este requisito viola lo reglamentado en la Ley 1150 de 2007 artículo 2. Numeral 4 párrafo 4º que dispone: -“Párrafo 4º. Las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondientes. Respecto de la expedición de copias de estos documentos se seguirá lo dispuesto en el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo”. O “Por lo anterior y con fundamento en el párrafo 4 del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial, la aplicación de los principios rectores del manual de contratación de la entidad y en aras de garantizar la pluralidad de oferentes solicitamos respetuosamente eliminar la exigencia contenida en el numeral 2.1.1”.

⁶² Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818--0002200005 del CP1-ELECT del CP. Procesos: EHUI-SC-071-2022, EHUI-SC-074-2022 y EHUI-SC-076-2022.

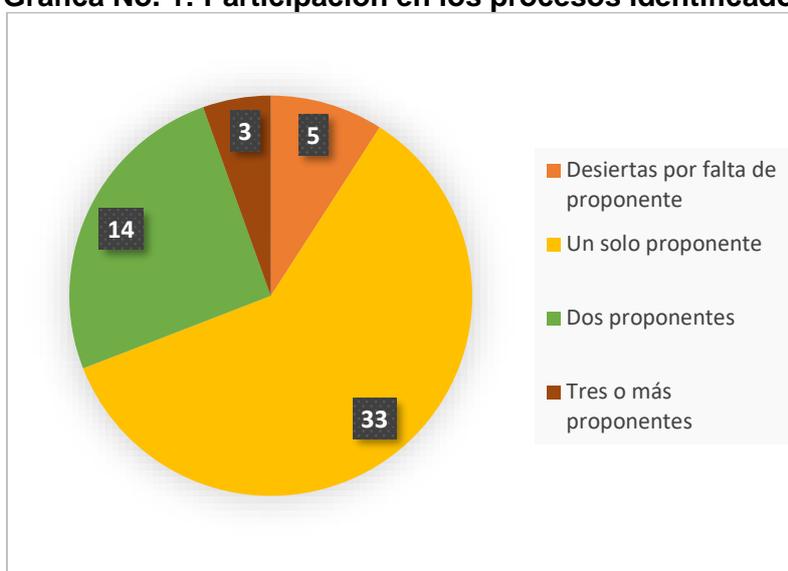
“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

presentaron observaciones encaminadas a que se permitiera la participación de figuras plurales como la que se muestra a continuación:

“Solicitamos de manera respetuosa determinar por qué razón y en qué normatividad se encuentra plasmado la prohibición irrestricta de presentar una oferta por medio de un consorcio, unión temporal o cualquier forma conjunta de asociación, ya que esta se encuentra permitida en la ley y es una de las formas de aunar esfuerzos entre personas jurídicas y/o naturales para cumplir los requisitos del pliego de condiciones y a su vez para cumplir a cabalidad las obligaciones contractuales del futuro contratista”⁶³ (Subrayado fuera de texto).

Así entonces, del total de las cincuenta y cinco (55) invitaciones públicas identificadas: (i) cinco (5) fueron declaradas desiertas por la falta de proponentes; (ii) treinta y tres (33) tuvieron solo 1 proponente; (iii) catorce (14) tuvieron dos (2) proponentes; y (iv) tres (3) tuvieron tres (3) o más agentes proponentes. Así se ilustra a continuación:

Gráfica No. 1: Participación en los procesos identificados



Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁶⁴.

(I) Sobre el cobro del derecho a participar

La Delegatura constató que en los cincuenta y cinco (55) procesos identificados, **ELECTROHUILA** aplicó lo consagrado en el Manual de Contratación correspondiente al cobro por el derecho a participar en el proceso de selección⁶⁵.

Adicionalmente, dentro de las cincuenta y cinco (55) invitaciones analizadas se identificaron: siete (7) donde se cobró menos de 100.000 COP, veintiséis (26) donde el cobro estuvo entre 100.001 COP hasta \$1.000.000 COP, diecinueve (19) entre 1.000.001 COP hasta 15.000.000 COP y tres (3) donde cobraron más de 15.000.000 COP. Se resalta, por ejemplo, el proceso **EHUI-SD-056-**

⁶³ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SC-074-2022_RESPUESTA ACLARACIONES EHUI-SC-074-2022” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818—0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 29 – EHUI-SC-074-2022.

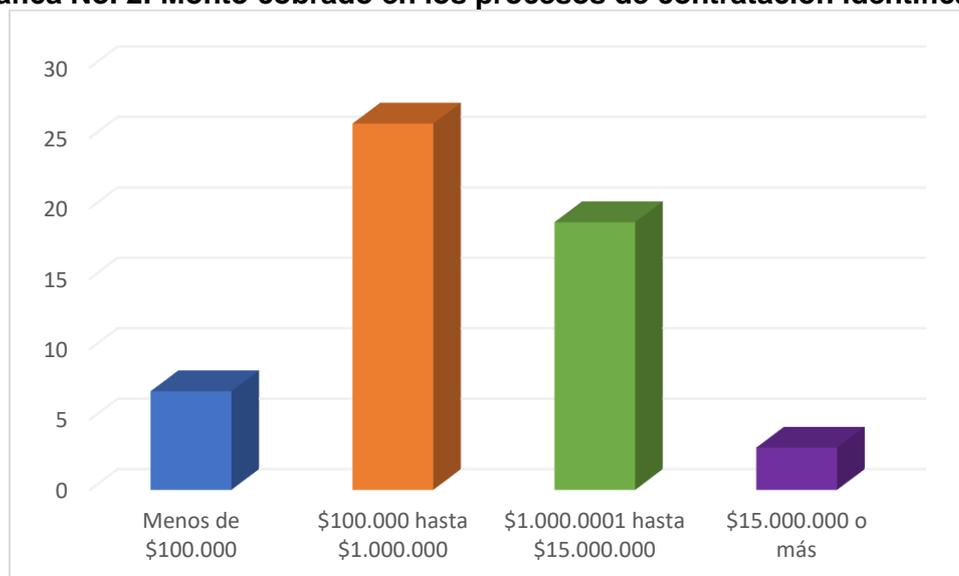
⁶⁴ Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818—0002200005 —del CP1-ELECT del CP.

⁶⁵ Radicado No. 20-419818-28, archivos “REGLAMENTODECONTRATACION” y “MANUAL-DE-CONTRATACION-2021-V-6-DEFINITIVA-firmada_LINA-OBREGON_OK_SUSCRITO_AVO_JUN_22_2021” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818--0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 2 TRAMITE PROVEEDORES / MANUAL DE CONTRATACION. Acuerdo No. 018 del 29 de septiembre de 2006, modificado por el Acuerdo No. 14 de 20 diciembre de 2019, a su vez modificado por el Acuerdo No. 07 de 28 de mayo de 2021, por medio de los cuales se aprobó el Manual de Contratación de **ELECTROHUILA**.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

2019⁶⁶, en el que estableció un cobro por participar de \$37.000.000 COP⁶⁷. Lo expuesto se ilustra en la siguiente gráfica:

Gráfica No. 2: Monto cobrado en los procesos de contratación identificados



Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁶⁸.

Como fue anticipado en el presente acto administrativo, en algunos de los procesos identificados los interesados presentaron observaciones relacionadas con el cobro por el derecho a participar. Por ejemplo, en las invitaciones públicas **EHUI-SGAL-140-2020**⁶⁹ y **EHUI-SGAL-012-2020**⁷⁰ **ELECTROHUILA** recibió las siguientes observaciones:

Tabla No. 3: Observaciones relacionadas con el cobro por el derecho de participación presentadas en la invitación pública EHUI-SGAL-140-2020

No.	OBSERVACIÓN
1	<i>“Deseamos saber en qué se basan para cobrar el valor de (\$16.038.000) para el derecho de participar en el proceso. Este monto es extremadamente costoso y limita de alguna forma la participación equitativa de las empresas. Además al tener este costo no se tiene en cuenta el valor que se debe pagar en pólizas”.</i>
2	<i>“Quisiera saber el valor del derecho a participar por qué están (sic) alto y en el pliego dice que este no será devuelto por qué esta razón”.</i>
3	<i>“Solicitamos a la Entidad que el derecho a participar en el proceso de contratación no tenga ningún valor, debido a que la invitación la rigen parámetros que solo favorecen a un proponente, esto de acuerdo los principios rectores del manual de contratación de ELECTROHUILA, como son la igualdad, imparcialidad y transparencia. Requerimos esto con el fin de no limitar la participación de las diferentes empresas y así contar con una convocatoria pública transparente que esté acorde a los principios Rectores del Acuerdo N. 14 de 20 de diciembre de 2019 por el cual se aprueba el Manual de Contratación de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.” (se resalta).</i>

Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁷¹.

La respuesta de **ELECTROHUILA** a estas tres (3) observaciones fue la siguiente:

“ElectrohUILA S.A. E.S.P. históricamente en los procesos de contratación de invitación pública siempre ha exigido como requisito habilitante el derecho a participar que

⁶⁶ El objeto era: “Diseño detallado, fabricación, suministro, transporte al sitio, construcción, montaje, asesoría, pruebas y puesta en servicio de la línea a 115 kV Altamira-La Plata y sus módulos asociados, Subestación La Plata 115/34.5 kV y las líneas de conexión a la red del SDL incluyendo Plan de Manejo y Gestión Ambiental, Social y Arqueológica aplicable al proyecto”.

⁶⁷ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SD-056-2019_TERMINOS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 15 – EHUI-SD-056-2019.

⁶⁸ Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818--0002200005 del CP1-ELECT del CP.

⁶⁹ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-140-2020_RESPUESTAS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 13 – EHUI-SGAL-140-2020.

⁷⁰ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-012-2020_RESPUESTAS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 57 – EHUI-SGAL-012-2020.

⁷¹ Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818--0002200005 del CP1-ELECT del CP.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

corresponde a un porcentaje del 0.1% del presupuesto oficial de cada proceso y dicha exigencia se fundamenta en el manual de contratación de la entidad y en el documento de gerencia No.- 276 de 2019. Además, dicho valor es mínimo frente al del presupuesto oficial y marginal respecto de las condiciones financieras exigidas en atención al valor del eventual contrato”⁷².

Esto evidenciaría que, para algunos potenciales oferentes, la exigencia del cobro al derecho a participar representaba una carga adicional que impediría su participación en el proceso de contratación o, aun cuando pudieran participar, los pondría en una situación desfavorable respecto de otros participantes. Se destaca que incluso existieron casos en los que los proponentes potenciales evidenciaron que el cobro analizado implicaba que en el proceso de selección solo una persona podría participar. Sin embargo, **ELECTROHUILA** no habría tenido en cuenta las observaciones presentadas bajo la consideración de que el cobro por el derecho de participación es algo que ha hecho históricamente y que la tarifa no era representativa respecto del presupuesto del proceso. Así, aunque en el proceso de selección **EHUI-SGAL-140-2020 ELECTROHUILA** identificó doce (12) potenciales participantes, solo se presentó uno (1). Esto indicaría el efecto de la práctica desplegada por **ELECTROHUILA** sobre la concurrencia de potenciales participantes a los procesos de contratación adelantados por la empresa de servicios públicos.

Una situación similar se presentó en la invitación pública **EHUI-SGAL-012-2020**. Las siguientes fueron las observaciones que recibió **ELECTROHUILA** y las respuestas que proporcionó:

Tabla No. 4: Observaciones relacionadas con el cobro por el derecho de participación presentadas en la invitación pública EHUI-SGAL-012-2020

No.	OBSERVACIÓN	RESPUESTA DE ELECTROHUILA
1	“DERECHO A PARTICIPAR hay alguna posibilidad de que este derecho de participación se solicite al oferente ganador?”.	“No se acepta la solicitud y se mantiene lo reglado en los términos de referencia, en atención a que Electrohuila S.A. E.S.P. ha tenido como política institucional desde hace varias décadas la práctica de solicitar un pago por derechos de participación exclusivamente para sus invitaciones públicas y proporcional al monto a contratar, el cual se solicita como requisito de habilitación a los oferentes que participen en la misma, práctica esta que no ha sido cuestionada. Dichos recursos son destinados para cubrir parte de los gastos administrativos en que debe incurrir la empresa para adelantar el proceso precontractual de la invitación pública a cotizar”.
2	“El numeral 2.1.1 Derechos a Participar encontramos que este requisito viola lo reglamentado en la Ley 1150 de 2007 artículo 2. Numeral 4 párrafo 4º que dispone: -“Párrafo 4º. Las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondientes. Respecto de la expedición de copias de estos documentos se seguirá lo dispuesto en el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo”.	“Electrohuila S.A. E.S.P. en ningún momento ha transgredido los principios constitucionales, legales y reglamentarios en el presente proceso de contratación, ya que si bien es cierto los mismos rigen los procesos de nuestra empresa, ello no hace obligatorio aplicar el régimen de contratación estatal”.
3	“Por lo anterior y con fundamento en el párrafo 4 del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial, la aplicación de los principios rectores del manual de contratación de la entidad y en aras de garantizar la pluralidad de oferentes solicitamos respetuosamente eliminar la exigencia contenida en el numeral 2.1.1”.	“Respecto de la observación específica, En cuanto al numeral 2.1.1. denominado DERECHO A PARTICIPAR, se informa que Electrohuila S.A. E.S.P. ha tenido como política institucional desde hace varias décadas la práctica de solicitar un pago por derechos de participación exclusivamente para sus invitaciones públicas y proporcional al monto a contratar; práctica esta que no ha sido cuestionada. Respecto de las tarifas, estas son fijadas por Electrohuila S.A. E.S.P. en los términos de referencia y no se puede exigir su reintegro ya que dichos recursos son destinados para cubrir parte de los gastos administrativos en que debe incurrir la empresa para adelantar el proceso precontractual de la invitación pública a cotizar. De lo anterior consideramos que es importante poner de presente que el derecho a participar como exigencia exclusiva de los procesos de invitación pública adelantados por la empresa tiene amparo y fundamento en el Manual de Contratación de ELECTROHUILA S.A. E.S.P. específicamente en su artículo décimo quinto, numeral 2 INVITACIÓN PÚBLICA”.

⁷² Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-140-2020_RESPUESTAS” del CP1-ELECT. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 13 – EHUI-SGAL-140-2020.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁷³.

Nuevamente se observa que las observaciones presentadas evidenciarían que para algunos potenciales oferentes la exigencia del cobro por el derecho a participar representaba una carga adicional y una medida disuasoria para su participación en el proceso de contratación. Igualmente, las respuestas de **ELECTROHUILA** mostrarían la desatención respecto de las alegaciones de los interesados. En esta oportunidad la empresa prestadora de servicios públicos incluyó en las respuestas una explicación adicional para justificar el cobro realizado: “[d]ichos recursos son destinados para cubrir parte de los gastos administrativos en que debe incurrir la empresa para adelantar el proceso precontractual de la invitación pública a cotizar”. No obstante, como se analizará enseguida, **ELECTROHUILA** no tendría la necesidad de cobrarle a los potenciales proponentes para poder costear los procesos de contratación.

Por otro lado, respecto de la explicación ofrecida por **ELECTROHUILA** para justificar el cobro por el derecho a participar en las invitaciones públicas que adelanta, durante la visita administrativa

realizó dos manifestaciones que llaman la atención de la Delegatura: (i) en primer lugar, manifestó que se trata de un pago que “desde que yo estoy en el área de contratación hace 15 años, siempre se ha cobrado”, pero que la tarifa ha disminuido puesto que “con el tiempo y con muchas reclamaciones de los oferentes, la misma Contraloría nos dijo que era una tarifa muy alta para que se presentaran a los procesos de invitación pública, debido a esto hubo un ajuste (...)”; (ii) en segundo lugar, indicó que esa tarifa que cobra **ELECTROHUILA** “(...) cubre como los gastos que presenta el proceso, nosotros publicamos al Diario La República, esto genera un costo y es más para esos gastos administrativos (...)”⁷⁴.

Lo anterior es llamativo, toda vez que evidenciaría que **ELECTROHUILA** fue consciente de los efectos que tendría en la concurrencia cobrar por el derecho a participar en las invitaciones públicas que adelanta para contratar bienes y servicios, y tomó la decisión de modificar el monto de la tarifa (pasó de cobrar 0.1% del presupuesto oficial al 0.01% del presupuesto oficial). Así, en los procesos relacionados en la Tabla No. 1, la Delegatura evidenció el cambio mencionado a partir de los procesos de 2021.

No obstante, la baja concurrencia a los procesos habría continuado después de la modificación en la tarifa, pues se evidenciaría la misma tendencia en la diferencia entre el número de posibles proponentes que la empresa de servicios públicos identificó en los estudios del sector y el número de agentes que presentaron su oferta. Esto reforzaría la tesis de la Delegatura respecto del efecto disuasorio en la participación que tendría cobrar por el derecho a participar en las invitaciones públicas adelantadas por **ELECTROHUILA**.

Ahora bien, corresponde analizar la justificación propuesta por [REDACTED] y por **ELECTROHUILA** en sus respuestas a observaciones a los términos de referencia, según la cual el dinero que obtiene la empresa por cobrar el derecho a participar en las invitaciones públicas es usado para cubrir los costos administrativos que suponen adelantar un proceso de contratación. Esa justificación no encontraría soporte por las siguientes razones: (i) la disminución de la tarifa no implicó ningún perjuicio para la entidad contratante para llevar a cabo los procesos de selección; (ii) de los cincuenta y cinco (55) procesos identificados, hubo tres (3) invitaciones relacionadas con subastas de bienes en las que se estableció que el cobro por el derecho a participar en el proceso de selección⁷⁵ sería devuelto a los que no resultaran adjudicatarios, sin que ello hubiera dado lugar a un perjuicio para que los procesos de selección se adelantaran; y (iii) dicha afirmación no encuentra soporte en la información contable publicada en la página web de la empresa.

⁷³ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-012-2020_RESPUESTAS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 57 – EHUI-SGAL-012-2020.

⁷⁴ Radicado No. 20-419818-27, archivo 20419818—0002700001.pdf del CP1-ELECT. Declaración de [REDACTED]. Min. 36:34 y min. 37:40.

⁷⁵ Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818--0002200005 del CP1-ELECT del CP. La Delegatura se refiere a los procesos EHUI-SAF-070-2022, EHUI-SAF-091-2021 y EHUI-SAF-141-2019.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

La Delegatura consultó los estados financieros (estado de resultado integral) de **ELECTROHUILA** correspondientes a los años 2019, 2020, 2021 y 2022, que están incluidos en los “*reportes integrados*” publicados por la empresa en su página web⁷⁶. Esta revisión evidenció las utilidades que muestran los estados financieros de **ELECTROHUILA** para los años 2019, 2020, 2021 y 2022 como se expone a continuación:

Tabla No. 5: Utilidades obtenidas por ELECTROHUILA (en miles de pesos)

Nombre	2022	2021	2020	2019
Ingresos Operacionales	697.886.432	575.656.812	552.051.807	544.929.902
Utilidad Bruta	113.253.098	72.930.492	83.035.507	116.785.322
Utilidad Operacional	68.256.197	21.812.026	32.372.013	82.386.448
Utilidad Neta del año	40.870.785	6.216.770	18.848.461	45.967.912
Resultado Integral total neto del año	49.056.963	593.546	14.771.169	45.967.912

Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁷⁷.

De lo arriba expuesto llama la atención que en los años relacionados **ELECTROHUILA** ha obtenido utilidades que le permitirían asumir los costos propios e inherentes a los procesos de contratación que adelanta, sin necesidad de cobrar a los interesados en participar en las invitaciones públicas. Esto indicaría –obviamente con el rigor propio de esta etapa preliminar– la ausencia de una necesidad que justifique el cobro del derecho de participación.

Lo expuesto hasta ahora reforzaría la tesis de la Delegatura, según la cual la exigencia de una tarifa para tener derecho a participar en las invitaciones públicas convocadas por **ELECTROHUILA** constituiría una barrera disuasoria para la concurrencia a los procesos de selección contractual que adelanta la empresa prestadora y que, además, no tendría una justificación objetiva.

(II) Sobre la causal de rechazo de ofertas presentadas por figuras plurales

Por otra parte, en cincuenta y uno (51) del total de las cincuenta y cinco (55) invitaciones públicas identificadas por la Delegatura se estableció en las condiciones y términos de las invitaciones la causal de rechazo consistente en que las ofertas que fueran presentadas por parte de una figura plural. Al respecto, llaman la atención de la Delegatura dos (2) circunstancias. Primero, que en varios de esos procesos de selección se recibieron observaciones relacionadas con la eliminación de esa causal. No obstante, por regla general fueron rechazadas y desatendidas por parte de **ELECTROHUILA**. Segundo, que se identificaron cuatro (4) invitaciones públicas en las que se eliminó dicha causal o, lo que es lo mismo, se permitió la presentación de ofertas por parte de figuras plurales.

En relación con la primera situación, en la revisión de los documentos contractuales de las invitaciones públicas adelantadas por **ELECTROHUILA**, la Delegatura identificó, por ejemplo, que

⁷⁶ Radicado No. 20-419818-28, archivos “*ElectrohUILA-Reporte-integrado-2019_compressed*”, “*ElectrohUILA-Reporte-Integrado-2020*”, “*REPORTE-INTEGRADO-2021-EH*” y “*Reporte-Integrado-EH-2022*” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818--0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 3 REPORTE INTEGRADO.

⁷⁷ Radicado No. 20-419818-28, archivos “*Informes - Electrohuila (7_11_2023 15_50_58)*”, “*ElectrohUILA-Reporte-integrado-2019_compressed*”, “*ElectrohUILA-Reporte-Integrado-2020*”, “*REPORTE-INTEGRADO-2021-EH*” y “*Reporte-Integrado-EH-2022*” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 028 / 20419818--0002800003.zip / 20-419818 WEB 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 3 REPORTE INTEGRADO.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

en las invitaciones **EHUI-SGAL-140-2020**⁷⁸, **EHUI-SD-004-2020**⁷⁹ y **EHUI-SC-074-2022**⁸⁰ los interesados presentaron observaciones relacionadas con la eliminación de la causal de rechazo de ofertas presentadas por figuras plurales. A continuación se muestran las observaciones que recibió **ELECTROHUILA** en las invitaciones públicas referidas y las respuestas que proporcionó:

Tabla No. 6: Observaciones relacionadas con la causal de rechazo de ofertas presentadas por figuras plurales

INVITACIÓN PÚBLICA	OBSERVACIÓN	RESPUESTA DE ELECTROHUILA
EHUI-SGAL-140-2020	“ <u>Solicitamos se nos aclare si se permitirá presentar la propuesta por uniones temporales y/o consorcios, esto teniendo en cuenta que dentro de las causales de rechazo numeral 22, no está permitido, pero en varios apartes del pliego de condiciones, se habla de la presentación de estas figuras plurales</u> ”.	“ <u>Se aclara que es una causal de rechazo de las ofertas cuando la misma sea presentada por consorcio, unión temporal o cualquier forma conjunta</u> ”.
	“ <u>Como se puede evidenciar la entidad no es clara y busca confundir a los oferentes, toda vez que por un lado es causal de rechazo la presentación de la oferta en consorcio o unión temporal. Por lo anterior se solicita a la entidad cumplir con lo establecido en la ley y la norma permitir participar a los consorcios y las uniones temporales y no limitar el proceso al no dejar presentar las ofertas conjuntas toda vez que estas buscan cumplir con la capacidad de contrata</u> ”.	
	“Favor Revaluar y Permitir consorcios o uniones temporales”.	“Se mantiene lo reglado en los términos de referencia en atención a la naturaleza de la actividad, la duración del contrato y lo estratégica que resulta para la compañía, dado que se trata de una actividad peligrosa y se requiere garantizar la prestación del servicio de manera permanente, debiéndose minimizar los riesgos sobrevinientes asociados a las condiciones y calidades del contratista, los cuales son mayores cuando se trata de formas conjuntas”.
EHUI-SD-004-2020	“ <u>Teniendo en cuenta que en los numerales 3.1.1.7 y 3.2.2 del documento de invitación pública se menciona que los proponentes pueden ser consorcio o unión temporal y que en pro del desarrollo del sector y la mejora de las capacidades de atención de prestación del servicio de energía eléctrica por parte de Electrohuila al usuario final; solicitamos retirar esta condición como una causal de rechazo</u> ”.	“Electrohuila S.A E.S.P. mantiene lo reglado en los términos de referencia en el sentido de que no es permitido presentar ofertas a través de formas conjuntas, consorcios o uniones temporales, tener en cuenta lo reglado en el numeral 2.3 RECHAZO DE LAS PROPUESTAS, causal 22”.
EHUI-SC-074-2022	“ <u>Solicitamos de manera respetuosa determinar por qué razón y en qué normatividad se encuentra plasmado la prohibición irrestricta de presentar una oferta por medio de un consorcio, unión temporal o cualquier forma conjunta de asociación, ya que esta se encuentra permitida en la ley y es una de las formas de aunar esfuerzos entre personas jurídicas y/o naturales para cumplir los requisitos del pliego</u> ”.	“Electrohuila S.A E.S.P. se permite informar que esta es una facultad que tiene la compañía dada su naturaleza de régimen especial. En consecuencia, se mantiene lo reglado de lo términos de referencia”.

⁷⁸ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SGAL-140-2020_TERMINOS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 13 – EHUI-SGAL-140-2020. El objeto era: “Suministrar el servicio de transporte público terrestre automotor especial y de carga a todo costo para las actividades de los procesos Gerencial, Distribución, Comercialización y Apoyo de Electrohuila S.A. E.S.P.”.

⁷⁹ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SD-004-2020_TERMINOS” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 16 – EHUI-SD-004-2020. El objeto era: “Servicio de línea viva a contacto, potencial y termografía para mejorar la calidad del servicio en los circuitos urbanos del sistema eléctrico a cargo del operador de red Electrohuila S.A. E.S.P. en las zonas Neiva- Norte, Zona Sur, Zona Centro y Occidente del departamento del Huila”.

⁸⁰ Radicado No. 20-419818-22, archivo “EHUI-SC-074-2022_EHUI-SC-074-2022 terminos de referencia” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818—0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / 29 – EHUI-SC-074-2022. El objeto era: “Compra de facturas tamaño carta / papel natural laser 72 grs que contengan todos los requerimientos de ley e información para el usuario”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

<i>de condiciones y a su vez para cumplir a cabalidad las obligaciones contractuales del futuro contratista”.</i>

Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁸¹.

Lo arriba expuesto demostraría que, ante la insistencia de los potenciales oferentes para que se permitiera la presentación de ofertas por parte de uniones temporales, consorcios, o cualquier otra figura asociativa, **ELECTROHUILA** habría mantenido su decisión de adoptar esa causal de rechazo sin considerar los posibles efectos en la concurrencia que tendría eliminar la causal de rechazo. Esto, teniendo en cuenta que las observaciones se basaron en que las figuras plurales *“buscan cumplir con la capacidad de contratar”* y que *“es una de las formas de aunar esfuerzos entre personas jurídicas y/o naturales para cumplir los requisitos del pliego de condiciones y a su vez para cumplir a cabalidad las obligaciones contractuales del futuro contratista”*.

Es importante resaltar que en sus respuestas **ELECTROHUILA** se limitó a indicar que es una facultad que tiene debido a su régimen especial. Así mismo, en el caso de la invitación pública **EHUI-SGAL-140-2020** señaló que la causal de rechazo obedecía, entre otros aspectos, a la naturaleza de la actividad, la duración del contrato y a que *“(…) se requiere garantizar la prestación del servicio de manera permanente, debiéndose minimizar los riesgos sobrevinientes asociados a las condiciones y calidades del contratista, los cuales son mayores cuando se trata de formas conjuntas”*. Sin embargo, no profundizó en cuáles son esos mayores riesgos sobrevinientes asociados a las figuras plurales.

Igualmente, para la Delegatura es relevante anotar que en el caso de la invitación pública **EHUI-SD-004-2020**, adicional a la observación relacionada en la tabla, se presentó una observación encaminada a disminuir la experiencia exigida. Sin embargo, la observación no fue tenida en cuenta por **ELECTROHUILA** porque *“se requiere garantizar la experiencia por ser una labor especializada y sus riesgos eléctricos son altos aunado al hecho de que este criterio en los términos exigidos es el que generalmente utiliza la empresa en este tipo de procesos”*. Para la Delegatura, la razón expuesta por la empresa de servicios públicos tendría una justificación clara y objetiva atendiendo a la naturaleza del objeto a contratar, contrario a lo que se evidenciaría en las respuestas a las observaciones relacionadas con la causal de rechazo de ofertas de figuras plurales. Adicionalmente, situaciones como esta, de empresas que no cumplen con un determinado requisito, justifican la posibilidad de unir esfuerzos a través de uniones temporales, consorcios o cualquier figura plural.

De esta forma, aceptar ofertas presentadas por figuras plurales implicaría darle la posibilidad de participar a esos agentes que por sí solos no reúnen los requisitos exigidos por la empresa de servicios públicos. Así, las decisiones de **ELECTROHUILA** resultarían contrarias a los principios de igualdad e imparcialidad que deben guiar sus actuaciones. Igualmente, y por lo mismo, resultarían contrarias a la libre competencia económica, pues al mantener la causal de rechazo de ofertas analizada, estaría restringiendo injustificadamente la libre concurrencia a las invitaciones públicas que adelanta, bajo el pretexto de que es para garantizar el cumplimiento del objeto contractual y para asegurar la continuidad del servicio.

Al respecto, hay otras formas de asegurar el cumplimiento del objeto contractual sin necesidad de negar el acceso al proceso y la posibilidad de participar. Por ejemplo, podría determinar requisitos habilitantes jurídicos, técnicos y financieros acordes con las necesidades de la empresa de servicios públicos, que pueden ser acreditados por figuras plurales. También podría exigir pólizas de cumplimiento, entre otras opciones. Con eso se evidenciaría que la justificación dada por **ELECTROHUILA** no sería coherente ni razonable.

En un sentido similar al de las respuestas por parte de **ELECTROHUILA** a las observaciones referidas, [REDACTED] ([REDACTED])

⁸¹ Radicado No. 20-419818-22, archivos “EHUI-SGAL-140-2020_RESPUESTAS”, “EHUI-SD-004-2020_RESPUESTAS” y “EHUI-SC-074-2022_RESPUESTA ACLARACIONES EHUI-SC-074-2022” del CP1-ELECT del CP. La ruta es la siguiente: CP / CP1-ELECT / 022 / 20419818--0002200005.zip / 20-419818 ELECTROHUILA 2 / DATOS / HALLAZGO 2 / Carpetas 13 – EHUI-SGAL-140-2020, 16 – EHUI-SD-004-2020, y 29 – EHUI-SC-074-2022 20419818--0002200005 del CP1-ELECT.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

([REDACTED]), en la declaración que rindió durante la visita administrativa del 28 de septiembre de 2023, manifestó lo siguiente respecto de la causal de rechazo de propuestas presentadas por uniones temporales, consorcios o cualquier figura plural:

“**DELEGATURA:** Bueno otro punto particular es el tema de las uniones temporales, pues las figuras asociativas más que todo.

[REDACTED]: **ELECTROHUILA:** Sí, las uniones y los consorcios.

DELEGATURA: Sí, también existe como cierta limitación frente a ese punto. ¿Cuéntenos un poco sobre pues la motivación o las razones por las cuales definitivamente **ELECTROHUILA** no está aceptando en algunos casos o no sé si en todos los casos pues el tema de las figuras asociativas?

[REDACTED]: **ELECTROHUILA:** Sí. Es que **ELECTROHUILA** hace muchísimos años tuvo muy malas experiencias con los consorcios y las uniones temporales que generaron incumplimientos, demandas laborales y en ese entonces fue cuando la gerencia decide no volver a contratar con uniones temporales y/o consorcios debido a esta mala experiencia que le ocasionó a la empresa daños y perjuicios por que tengo entendido que eso fue por un incumplimiento de un consorcio que finalmente las empresas no respondieron y bueno, en fin. Entonces por eso la empresa no, no lo ha permitido. Sí lo permite en algunos casos especiales cuando son proyectos muy específicos, una construcción de una línea 115. Entonces una línea 115 es una línea de alta tensión y potencia, donde yo puedo construir la línea y el otro la subestación y me puedo consorciar. Eso sí han habido contratos de uniones temporales y de consorcios para proyectos grandes y especiales, específicos, no cualquier obra, porque si es una obra de construcción de ampliación de red, pues eso sí me lo puede hacer un constructor, pero cuando son de alto nivel de tensión, sí lo permitimos. Pero la razón y por políticas y por buenas prácticas, la empresa no ha permitido esos consorcios y uniones temporales por lo mismo, por el incumplimiento que se presentó en su momento, y pues ... **tenemos que, como nos decía a nosotros una abogada que estuvimos en Bogotá en una capacitación ‘ustedes gozan de tener un manual de contratación, de que ese es el, la biblia de ustedes por la cual tienen que ustedes regirse y si la junta directiva y ahí en el manual no establece que los consorcios y las uniones temporales pues, para blindar la empresa mucho mejor’**(...)”⁸².

Lo dicho por [REDACTED] ([REDACTED]) indicaría dos cosas. La primera, la razón por la que **ELECTROHUILA** no aceptaría ofertas ni contrataría con uniones temporales, consorcios o cualquier figura plural es por evitar controversias que puedan surgir de la ejecución de contratos con ese tipo de figuras porque habrían existido malas experiencias en el pasado. La segunda, a pesar de la preferencia de no contratar con uniones temporales y/o consorcios, habría algunos procesos en los que **ELECTROHUILA** sí aceptaría propuestas de figuras plurales, en atención a la naturaleza y las condiciones del bien o servicio que requiera. Según [REDACTED], se trataría de “proyectos grandes y específicos”.

Con base en lo expuesto, la Delegatura analizó los cincuenta y cinco (55) procesos que identificó, en especial aquellos cuyo objeto está relacionado con obras⁸³, para verificar si dentro de estos era posible determinar las características de las invitaciones públicas que encajarían en la descripción dada por la jefe encargada de Servicios Administrativos de **ELECTROHUILA**. Sin embargo, del análisis de los procesos identificados por la Delegatura no se evidenciaría una regla o característica específica para determinar cuáles serían los procesos a los que [REDACTED] ([REDACTED]) describió como aquellos en los que **ELECTROHUILA** aceptaría ofertas de figuras plurales.

Lo anterior, en razón a que las invitaciones públicas analizadas, si bien están relacionadas con obras, no tienen objetos idénticos y su presupuesto oficial varía. De modo que de diecisiete (17)

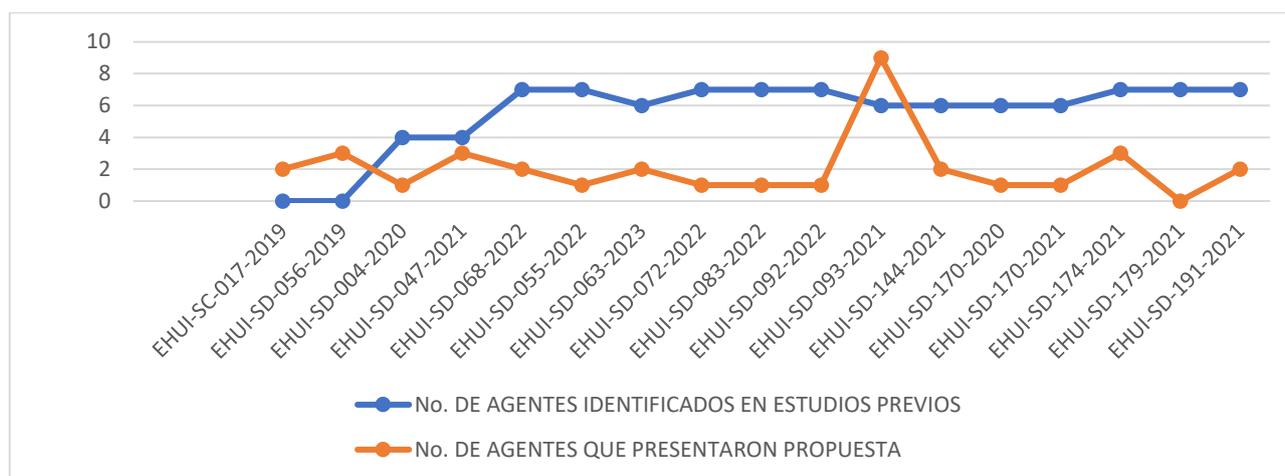
⁸² Folio 92 del CPF1 del CP. Declaración de [REDACTED]. Min. 42:16 a 44:28.

⁸³ Procesos en la Tabla No. 2 de este acto administrativo. Los procesos a los que hace referencia la Delegatura son los identificados en la columna denominada “No.” de la Tabla No. 2 con los siguientes números: 4, 5, 13, 16, 22, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 49, 51, 52 y 54.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

procesos con un objeto relacionado con obras, en cuatro (4) no se estableció la causal de rechazo de ofertas de uniones temporales, consorcios o cualquier figura plural, mientras que en los otros trece (13) sí se estableció esa causal. Lo que sí se pudo evidenciar es que en los trece (13) procesos en los que se incluyó la causal de rechazo hubo baja concurrencia. Es decir, se presentaron menos propuestas que el número de agentes identificados en los estudios del sector como potenciales oferentes, tal como se ilustra a continuación:

Gráfica No. 3 - Diferencia entre agentes identificados en estudios previos como potenciales oferentes y agentes que presentaron ofertas (procesos de obra)



Fuente: Elaborado por la Delegatura a partir de la información que integra el expediente⁸⁴.

La situación descrita llama la atención, pues aun cuando **ELECTROHUILA** cuenta con autonomía y libertad para determinar los requisitos que regirán sus procesos de contratación, debe ejercer dicha autonomía en el marco de todas las normas que rigen su actividad contractual. Es decir, además de lo establecido en su manual de contratación y las normas de derecho privado, en su actuar deben observarse, en todo caso, los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, en particular los de igualdad, transparencia e imparcialidad.

Igualmente, incluso el artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Además que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. En el caso objeto de estudio, **ELECTROHUILA**, al demandar bienes y servicios en cada proceso de contratación que adelanta, debe garantizar la igualdad de oportunidades. Esto se relaciona con la garantía de condiciones para que haya libre concurrencia a los mercados que genera (cada proceso de contratación)⁸⁵. Por lo tanto, **ELECTROHUILA** no puede discriminar injustificadamente a los interesados en proveer los bienes o servicios que demanda, menos cuando se evidenciaría la relación de causalidad entre la medida de rechazar ofertas de figuras plurales y la baja concurrencia a los procesos.

En este punto, es preciso resaltar el caso de la invitación **EHUI-SD-093-2021**⁸⁶, en la que no se estableció la causal de rechazo de ofertas en mención. En dicho proceso, el número de participantes que presentaron oferta fue mayor al número de potenciales proponentes identificados en los estudios previos. Así, se presentaron nueve (9) proponentes aunque en los estudios del

⁸⁴ Radicado No. 20-419818-22, archivo 20419818--0002200005 del CP1-ELECT del CP. Es relevante señalar que en los dos (2) primeros procesos (EHUI-SC-017-2019 y EHUI-SD-056-2019) el número de agentes identificados en los estudios previos corresponde a cero (0) toda vez que en la página web de **ELECTROHUILA** no fueron publicados.

⁸⁵ C. Const., Sent. C-713, oct. 7/2009. M.P. María Victoria Calle Correa. “La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, ‘se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.’ (...) La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación”.

⁸⁶ El objeto era: “Construcción de la subestación Palestina 2.5 MVA 34.5/13.8 kV y línea de alimentación Solarte Pitalito – Palestina 34.5 kV con adecuación en subestación Solarte y en circuitos 13.8 kV Palestina para división de carga en nuevos circuitos – Plan de inversiones”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

sector la entidad identificó seis (6) potenciales proponentes. En ese caso, incluso, resultó adjudicataria la **UNIÓN TEMPORAL PALESTINA**⁸⁷.

En conclusión, lo descrito daría cuenta de la práctica anticompetitiva identificada en la presente resolución y la tesis de que la competencia habría sido limitada por parte de **ELECTROHUILA**. Incluso se pondría en evidencia que la participación en las invitaciones se vería afectada por las reglas de cobrar por la participación y por no permitir la presentación de ofertas por parte de figuras plurales.

9. Con fundamento en todo el material probatorio expuesto en la presente resolución, en este aparte se presentará la imputación concreta contra **ELECTROHUILA**.

El título V de la Ley 1340 de 2009, dedicado al “*régimen sancionatorio*”, establece modalidades de sanciones diferentes: en primer lugar, en el artículo 25⁸⁸ de la referida Ley se dispone que “*por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia*”, la Superintendencia podrá imponer multas “*hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor*”.

Así las cosas, es claro que la persona que viole las disposiciones sobre protección de la competencia, lo que en este caso se traduce en quien viole la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 mediante el desarrollo de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia, podrá ser sancionado en los términos del artículo 25⁸⁹ de la Ley 1340 de 2009.

En el marco de esta actuación administrativa se podría concluir que **ELECTROHUILA** configuró una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica al establecer en sus procesos de contratación disposiciones que exigen el cobro de un precio por el derecho a participar en los procesos de selección y que prohíben que las ofertas fueran presentadas por figuras plurales, como consorcios o uniones temporales, so pena de ser rechazadas. Las mencionadas disposiciones habrían restringido desproporcional e injustificadamente la participación de oferentes en los procesos de selección que adelantó la empresa de 2019 a 2023.

Al respecto, el inciso 2 del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 46. PROHIBICIÓN. *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.*

*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”.* (Subrayado fuera del texto original).

⁸⁷ Radicado No. 20-419818-22 del CP1-ELECT. Dentro de los procesos identificados por la Delegatura, las siguientes invitaciones públicas también fueron adjudicadas a figuras plurales: (i) **EHUI-SD-056-2019**, cuyo objeto era “*Diseño detallado, fabricación, suministro, transporte al sitio, construcción, montaje, asesoría, pruebas y puesta en servicio de la línea a 115 kV Altamira-La Plata y sus módulos asociados, Subestación La Plata 115/34.5 kV y las líneas de conexión a la red del SDL incluyendo Plan de Manejo y Gestión Ambiental, Social y Arqueológica aplicable al proyecto*”. El adjudicatario fue el **CONSORCIO PERLUN-INCER**. (ii) **EHUI-SD-063-2023**, cuyo objeto era “*Ampliación y construcción de redes eléctricas en media y baja tensión en 41 veredas del municipio de Suaza departamento del Huila. Contrato FAER GGC-488-2022 suscrito entre La Nación-Ministerio de Minas y Energía y la Electricadora del Huila S.A. E.S.P.*”. El adjudicatario fue el **CONSORCIO D&D SUAZA 2023**.

⁸⁸ Modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022.

⁸⁹ Modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Así las cosas, puede concluirse que **ELECTROHUILA** en desarrollo los procesos de selección contractual que adelanta, habría realizado una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica al establecer disposiciones que habrían restringido desproporcional e injustificadamente la participación de oferentes en los procesos de selección que adelantó de 2019 a 2023. Por lo tanto, En suma, a **ELECTROHUILA** se le imputará la responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber violado la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.**, identificada con NIT 891.180.001–1, para determinar si incurrió en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los procesos de contratación que adelantó en los años 2019 a 2023. Esta conducta será investigada bajo la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.**, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, entregándole copia de la versión reservada. Esto con el fin de que, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a dicha notificación, lleve a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a la solicitud o aporte de las pruebas que pretenda hacer valer, ofrecer las garantías suficientes de que se suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga y/o presentar descargos frente a la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días de la remisión de la comunicación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, la notificación se realizará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo.

ARTÍCULO 3. ORDENAR la publicación de la presente resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos en la página web de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 156 y 157 del Decreto 19 de 2012, con el fin de que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de publicación intervengan los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la investigación, aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer.

ARTÍCULO 4. ORDENAR a la investigada que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación regional o nacional:

*“Se informa que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 72167 de 2023, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.** identificada con NIT 891.180.001–1, por presuntamente haber infringido el régimen de protección de la libre competencia económica, en particular, la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco de los procesos de contratación que adelantó entre 2019 y 2021.*

Por lo tanto, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, los competidores, consumidores o, en general,

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

aquel que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer, al expediente radicado con el número 19-166037 el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio”.

ARTÍCULO 5. COMUNICAR el contenido del presente acto administrativo al [REDACTED], identificado con el NIT [REDACTED], a la [REDACTED], identificada con el NIT [REDACTED], y a la [REDACTED], identificada con el NIT [REDACTED], en calidad de quejosos, enviándoles copia de la versión pública de este acto administrativo.

ARTÍCULO 6. Las actuaciones administrativas sancionatorias en materia de protección de la competencia se adelantarán mediante la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones habilitadas por la Superintendencia. En ese sentido, la consulta del expediente de esta investigación deberá realizarse a través de los medios electrónicos dispuestos por la Superintendencia de Industria y Comercio. Para efectos de obtener las autorizaciones correspondientes, la investigada y demás personas que puedan acceder a la información contenida en el expediente deberán formular la solicitud a los correos electrónicos contactenos@sic.gov.co y grupocolusiones@sic.gov.co. En su solicitud deberán indicar el correo electrónico que utilizarán para acceder al expediente. Las personas que accedan al expediente deberán guardar la reserva de la información y utilizar los documentos contenidos únicamente para el ejercicio de sus derechos en el marco de la actuación administrativa sancionatoria.

ARTÍCULO 7. Contra la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 17 días del mes de noviembre de 2023

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,

FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ

Proyectó: LPSV / IALR / MAGG / AAZ
Revisó: MAPC / MAFV/ CABO
Aprobó: FMR

Notificaciones:

ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P.

NIT [REDACTED]

Correo electrónico: [REDACTED]

Comunicaciones:

[REDACTED]
NIT [REDACTED]

Notificaciones judiciales: [REDACTED]

Denuncias por actos de corrupción: [REDACTED]

[REDACTED]

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

NIT [REDACTED]
Correo electrónico: [REDACTED]

[REDACTED]
NIT [REDACTED]
Correo electrónico: [REDACTED]