



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2011

(64400)

Radicación N° 07-106011

16 NOV 2011

"Por la cual se imponen unas sanciones"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial de las previstas en los numerales 15 inciso 1 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y en los numerales 13 y 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No.44008 del 24 de agosto de 2010¹ la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación para determinar si las empresas CONSTRUCTORA M.P. y M.L. INGENIEROS, integrantes del Consorcio Vial Colombiano, actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo acto administrativo se ordenó investigar a los señores: JAIME ALBERTO MARÍN MORALES en su calidad de representante legal de CONSTRUCTORA MP, de M.L. INGENIEROS y del Consorcio Vial Colombiano; HORACIO VEGA CÁRDENAS en su calidad de representante legal e integrante del CONSORCIO ORIENTE y JORGE DÍAZ MURCIA en su calidad de integrante del Consorcio Oriente, con el fin de establecer si en su calidad de personas naturales pudieron haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas de que trata el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que la Resolución de Apertura de Investigación fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, de la siguiente manera:

Conforme al Acto Administrativo referido, el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE-, en virtud del Convenio No. 196076 suscrito con el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS- adelantó en el año 2007 el proceso de licitación No. IPG 2027-196076, cuyo objeto consistía en contratar la *"reconstrucción, Pavimentación y/o Repavimentación de las Vías del Programa de Infraestructura y Desarrollo Regional Plan 2500, Grupo A – 1 puerto López - Puerto Gaitán (K49+000 AL*

¹ Documento obrante en el Cuaderno No. 7, folios 2309-2325.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

K73+000), Grupo B. – Fuente de Oro - San José de Guaviare (K1Q9+250 al K115+540), Grupo C - Turbo - Necoclí (K18+773 aK26+373)².

El 16 de julio de 2007, las empresas CONSTRUCTORA M.P. y M.L. INGENIEROS conformaron el Consorcio Vial Colombiano para participar en la licitación pública No. IPG2027-196076 en el "GRUPO B" adelantada por FONADE³, vía correspondiente a "Fuente de Oro – San José del Guaviare (K1Q9+250 al K115+540). El mismo día, los señores HORACIO VEGA CÁRDENAS y JORGE DÍAZ MURCIA conformaron el CONSORCIO ORIENTE para participar en la misma licitación⁴.

La audiencia de cierre del proceso licitatorio se llevó a cabo el 3 de agosto de 2007 por FONADE, recibiendo las propuestas del Consorcio Vial Colombiano, Conconcreto S.A., y Consorcio Oriente, habilitados en la primera fase clasificatoria.

La decisión de abrir una investigación tomada por parte de la Delegatura, se basó principalmente en las coincidencias que figuraban en la formulación de las propuestas presentadas por el Consorcio Oriente y el Consorcio Vial Colombiano en el proceso de licitación ya identificado. Dichas coincidencias se pueden resumir en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Coincidencias en la presentación de las propuestas citadas en la Resolución de apertura de investigación

Entre los señores Horacio Vega Cárdenas, representante del Consorcio Oriente y Jaime Alberto Marín, representante del Consorcio Vial Colombiano, no solo existía un conocimiento personal anterior a la presentación del proceso licitatorio IPG2027-196076, sino que en varias ocasiones conformaron consorcios con el propósito de participar en diversos procesos de contratación ⁵ .
Los derechos de participación de los Consorcios Oriente y Vial Colombiano fueron pagados con cheques provenientes de la misma chequera y cuenta bancaria, a saber, los cheques consecutivos Nos. 4009305 y 4009306.
Los textos del acuerdo consorcial del Consorcio Vial Colombiano y Consorcio Oriente son idénticos en su estructuración, redacción, formato, texto, letra y fechas de celebración.
Las pólizas de seguro fueron expedidas por la misma compañía aseguradora, tanto para el Consorcio Vial Colombiano como para el Consorcio Oriente, con números de certificado 10942 Y 10944, de factura 6338 y 6340, fechas de expedición y vencimiento idénticas de 31 de julio de 2007 al 10 de noviembre de 2007, y número general 8690 y 8692.
Los cupos de crédito de ambos consorcios fueron expedidos en la misma fecha, 19.

² Documento obrante en el Cuaderno No. 2 folios 748-777.

³ Documento obrante en el Cuaderno No. 1, folios 29-30

⁴ Documento obrante en el Cuaderno No. 1, folios 283-284.

⁵ Entre ellos se cita por parte de la Delegatura su participación como contratistas a través del Consorcio Vías del Meta (integrado por Constructora M.P. Ltda. y Horacio Vega, para el tramo de carretera Fuente de Oro –San José del Guaviare.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

de Julio de 2007, en la misma Sucursal del mismo Banco, por montos idénticos de \$1.900.000.000.00.

La concepción de la programación, forma de presentación, precedentes, secuencias, rutas críticas, recursos asignados y fechas de inicio, presentaban similitudes. Asimismo, había identidad de errores ortográficos en dicho documento.

El valor de las propuestas presentadas que podría haber sido utilizado como un mecanismo idóneo para que las probabilidades de adjudicación del contrato al Consorcio Vial Colombiano fueran más altas, resultando éste como adjudicatario del mismo.

Para la Delegatura, lo anterior indicaba que las personas naturales y jurídicas involucradas habrían coludido con el objeto de buscar la adjudicación del contrato en cuestión a favor de Consorcio Vial Colombiano y habrían fijado concertadamente los términos de las propuestas presentadas, en el proceso de licitación N-o. IPG 2027-196076, situación que conllevó al objetivo perseguido.

Luego de hacer referencia a las coincidencias arriba expuestas, la Delegatura realizó un análisis del mecanismo de adjudicación del contrato, el cual constaba de 5 mecanismos de evaluación, a saber: (i) media geométrica (MG); (ii) media aritmética (MA); media aritmética alta (MAA); (iii) media aritmética baja (MAB) y (iv) propuesta más baja (PMB)⁶. Se realizaron dos simulaciones de la licitación, replicándose cada una mil veces, bajo dos escenarios con 5 posibles participantes (Consorcio Vial Colombiano, Consorcio Oriente y tres participantes aleatorios).

La primera simulación partía de un escenario competitivo, mientras la segunda se refería a uno colusorio en donde el Consorcio Vial Colombiano conocía de antemano la

⁶1. **Media geométrica.** Sería ganador de la propuesta aquel licitante cuya oferta estuviera lo más cerca posible inferiormente a la media geométrica de todas las ofertas. Siendo definida la media geométrica como:

$$MG = \left(\prod_{i=1}^n p_i \right)^{1/n}$$

2. **Media aritmética.** Sería ganador de la propuesta aquel licitante cuya oferta estuviera lo más cerca posible inferiormente a la media aritmética de todas las ofertas. Siendo definida la media aritmética como:

$$MA = \left(\sum_{i=1}^n p_i \right) \frac{1}{n}$$

3. **Media aritmética alta.** Sería ganador de la propuesta aquel licitante cuya oferta estuviera lo más cerca posible inferiormente al promedio entre la media aritmética de todas las ofertas y la propuesta más alta. Siendo definido el promedio anteriormente expresado de la siguiente manera:

$$MA_{alt} = \frac{1}{2} MA + \frac{1}{2} \max \{p_i\}_{i=1}^n$$

4. **Media aritmética baja.** Sería ganador de la propuesta aquel licitante cuya oferta estuviera lo más cerca posible inferiormente al promedio entre la media aritmética de todas las ofertas y la propuesta más baja. Siendo definido el promedio anteriormente expresado de la siguiente manera:

$$MA_{baj} = \frac{1}{2} MA + \frac{1}{2} \min \{p_i\}_{i=1}^n$$

5. **Menor precio.** Sería ganador de la propuesta aquel licitante cuya oferta estuviera corresponde a la propuesta más baja de todas las presentadas.

$$Mp = \min \{p_i\}_{i=1}^n$$

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

propuesta de Consorcio Oriente y viceversa. La conclusión a la que llegó la Delegatura fue la siguiente:

"En detalle, al comparar los dos escenarios (competitivo y colusorio), se tiene que para los mecanismos de Media Geométrica (MG) y media Aritmética (MA), la probabilidad de que el Consorcio Oriente resulte adjudicatario con una propuesta del 90% del presupuesto total, es aproximadamente cuatro (4) puntos porcentuales superior en el caso competitivo. Para la Media Aritmética Alta (MAA) la probabilidad es aproximadamente un (1) punto porcentual superior bajo libre competencia.

Por otro lado, se observa que el acuerdo incrementó la probabilidad de ganar la licitación para el Consorcio Vial Colombiano, con una propuesta del 92.82% del presupuesto total, para cuatro de los cinco mecanismos contemplados por FONADE. El único mecanismo para el cual éste no se cumple es para la propuesta más baja, puesto que en el escenario colusorio, el Consorcio Vial Colombiano sabrá con certeza que habrá al menos una propuesta menor a la suya y por tanto nunca podrá ganar.

Se observa en particular, que para los mecanismos MG, MA y MAA, la probabilidad de que el Consorcio Vial Colombiano resulte adjudicatario se incrementa en aproximadamente 20 puntos porcentuales cuando se pasa del escenario competitivo al escenario colusorio; en el caso de la Media Aritmética Baja (MAB), el incremento es de 5 puntos porcentuales"⁷.

Concluyó la Delegatura que las personas jurídicas y naturales investigadas presuntamente habrían incurrido en la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de apertura de investigación y en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los investigados solicitaron y aportaron las pruebas que pretendían hacer valer en su defensa.

El 22 de noviembre de 2010, mediante Resolución No. 64061⁸, la Delegatura decretó las pruebas solicitadas por los investigados que consideró conducentes y pertinentes, ordenó de oficio la práctica de otras y rechazó algunas solicitadas por los apoderados. La mencionada Resolución fue modificada por la Resolución No. 583 del 18 de enero de 2011⁹, mediante la cual fueron reprogramados algunos de los testimonios decretados previamente. Igualmente la misma fue adicionada por la Resolución No. 19265 del 12 de abril de 2011¹⁰, en la que se decretaron unas visitas de inspección administrativas.

⁷ Resolución SIC 44008 de 2010. Página 12.

⁸ Documento obrante en el Cuaderno No. 8, folios 2362-2368

⁹ Documento obrante en el Cuaderno No. 8, folios 2420-2424

¹⁰ Documento obrante en el Cuaderno No. 8, folios 2434-2436

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

CUARTO: Que el 29 de agosto 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, una vez finalizada la etapa probatoria, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado¹¹ con el resultado de la correspondiente actuación. En la misma fecha, como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del Informe a los investigados.

QUINTO: Que el Informe Motivado elaborado por la Delegatura recomendó sancionar a los investigados, exponiendo de manera general los siguientes argumentos:

Según lo expuesto en el documento en cuestión, el mercado afectado en el presente caso está constituido por el contrato del GRUPO B – vía correspondiente a “Fuente de Oro - San José del Guaviare (K109+250 al K115+540)”, el cual hizo parte del proceso de licitación No. IPG 2027-196076 adelantado por FONADE y en donde se presentaron como proponentes hábiles el Consorcio Vial Colombiano, el Consorcio Oriente, la sociedad Ingeniería De Vías S.A.¹², y la sociedad Conconcreto S.A.¹³.

De manera introductoria, el Informe de la Delegatura hace un análisis sobre el conocimiento que tenían los integrantes del Consorcio Vial Colombiano y el Consorcio Oriente, logrando establecer que ya habían participado en otras licitaciones a través de consorcios y asumiendo dicha información como relevante para establecer que a través de las actividades ya realizadas, se facilitaron los escenarios para la realización de un acuerdo colusorio.

Posteriormente, el documento de la Delegatura muestra dos bloques principales. En el primero, se hace una evaluación de todas las similitudes que mostraron los consorcios Oriente y Vial Colombiano durante el proceso, mientras que el segundo, cobija los mecanismos de adjudicación, las simulaciones incluidas en la Resolución de apertura y el dictamen pericial obrante dentro del expediente.

El primer bloque inicia con una evaluación de la forma de adjudicación del contrato, en donde fue elegida al azar la Media Geométrica, la cual estuvo representada en su momento en \$8.835.463.188,22. De acuerdo con la Delegatura, las propuestas presentadas mostraron los siguientes valores:

Cuadro 2

No.	PROPONENTE	VALOR PROPUESTA ECONOMICA	PORCENTAJE RESPECTO DE LA MEDIA GEOMETRICA
1	CONSORCIO VIAL COLOMBIANO (CONSTRUCTORA M.P. LTDA. 0,51 - ML INGENIEROS LTDA. 0,49)	8.768.832.731,00	99,246%

¹¹ Oficio obrante en el Cuaderno No. 9, folio 2751

¹² Esta sociedad resultó adjudicataria del Grupo " C," vía Turbo - Necoclí (K18+773 a K26+373)

¹³ Documento obrante en el Cuaderno No. 2, folios 585-586.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

2	CONSORCIO ORIENTE (HORACIO VEGA CÁRDENAS 0,9- JORGE DÍAZ MURCIA 0,1)	8.502.300.002,00	96,229%
3	CONCRETO S.A.	9.251.448.900,00	104,708%

Fuente: Informe Motivado

Así, con los parámetros de adjudicación y las propuestas presentadas fue el Consorcio Vial Colombiano, quien resultó adjudicatario del proceso licitatorio por presentar la propuesta económica más cercana por debajo a la media geométrica de las 3 propuestas económicas evaluadas¹⁴. La Delegatura continúa su análisis, describiendo las similitudes encontradas en las propuestas presentadas por el Consorcio Vial Colombiano y Consorcio Oriente y que se resumen a continuación:

La primera se refiere a los índices de las propuestas que fueron exigidos por FONADE para su presentación. Al respecto, la Delegatura señala que la estructura de los índices aportados por los mencionados consorcios era exactamente igual. Esto es, tanto tipo y tamaño de letra como los títulos eran idénticos, siendo relevante señalar que no eran similares a los contenidos en el pliego de condiciones. Además, el orden en que los consorcios involucrados dispusieron los documentos que componían las propuestas era el mismo para ambas. De acuerdo con la Delegatura:

“(...) esta coincidencia no responde a la existencia de un formato suministrado por FONADE que justificara las solicitudes antes referidas, sino que muestra como los consorcios investigados, fijaron concertadamente los términos de las propuestas presentadas”.

Una segunda similitud relacionada por la Delegatura, se refiere al pago de los derechos de participación que debía acompañar la propuesta. El Consorcio Vial Colombiano y Consorcio Oriente pagaron dichos derechos a través de cheques provenientes de la misma chequera. Adicionalmente, las solicitudes para la expedición de los cheques de gerencia se hicieron de manera conjunta, utilizando papelería, tipo de letra y estructura de documento muy similares.

La tercera similitud traída en el Informe Motivado se encuentra en los documentos de constitución de cada uno de los consorcios, los cuales eran bastante similares en cuanto a su formato, lo que denota identidad en el texto, puntuación, márgenes, espacios, sangrías, tipo y tamaño de letra, fragmentos resaltados en negrilla y mayúsculas sostenidas e incluso errores de redacción, situación que para Delegatura demuestra la elaboración conjunta de las propuestas por parte de los consorcios involucrados.

¹⁴ El CONSORCIO VIAL COLOMBIANO dio inicio a la obra el 1 de diciembre de 2007, siendo entregada a FONADE el 30 de noviembre de 2008, cuya acta de liquidación es del 22 de enero de 2009.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Otra de las similitudes presentadas fue la presentación por parte de los consorcios, de pólizas de garantía de amparo de las propuestas gestionadas ante la misma compañía aseguradora, con números consecutivos de certificado y de factura. Si bien para la Delegatura las coincidencias existen, es muy extraño que el comportamiento de los consorcios haya sido tan similar en la etapa previa al proceso.

Frente al cupo de crédito requerido en el pliego de condiciones, se encontró otra situación similar entre los consorcios. De acuerdo con las pruebas recaudadas los cupos de crédito de ambos consorcios fueron expedidos en la misma fecha, en la misma sucursal de banco y por montos idénticos. Se trata de una evidencia adicional que para la Delegatura respalda el actuar conjunto de los investigados.

Otro de los puntos a los que se refirió el Informe Motivado, tiene que ver con el denominado Formato 05 requerido en el pliego de condiciones y relacionado con el personal clave para la ejecución de los trabajos. En este caso, los proponentes debían diligenciar los campos de la información requerida encontrando la Delegatura las siguientes situaciones: (i) Ambos consorcios presentaron dentro de su personal clave a Martha Lucía Bacca Romero y (ii) El formato presentado por Horacio Vega Cárdenas por parte del Consorcio Oriente se encontraba a nombre del Consorcio Vial Colombiano. Específicamente sobre esta situación, la Delegatura señaló:

“En conclusión, las reglas de la experiencia indican que quien tiene el ánimo competitivo y la intención real de salir favorecido en un proceso de contratación, no comparte la información que puede ser vital para su escogencia. Por tal razón cuesta pensar que si los consorcios VIAL COLOMBIANO y ORIENTE decidieron presentarse por separado a la convocatoria de FONADE, hubieran designado a la misma persona para que fuera la trabajadora social de ambas propuestas, por lo que el formato No. 05 en mención es prueba de la elaboración de las propuestas en conjunto”.

Adicionalmente a todo lo anterior, la Delegatura realizó un análisis sobre los gastos administrativos, los imprevistos y la utilidad (A.I.U), entendidos éstos, como costos indirectos requeridos para la presentación de las propuestas según el pliego de condiciones y que según éste debían ser cálculos individuales por parte de los proponentes. No obstante, de acuerdo con lo manifestado en el Informe Motivado, los porcentajes propuestos por los consorcios en cuestión eran exactamente iguales. Así, tanto el Consorcio Oriente como el Consorcio Vial Colombiano presentaron un porcentaje de 23% para administración, 2% para imprevistos y 5% de utilidad, mientras que Concreto ofreció 32,9%; 1% y 4% respectivamente. Como complemento de las anteriores similitudes, se observó que al comparar los Formatos 10 compuestos por el análisis detallado del A.I.U., en 9 de los 25 conceptos discriminados, los valores unitarios y parciales coincidían.

El segundo bloque del que se compone el Informe Motivado, inicia con la descripción de los cinco mecanismos diseñados para el proceso, para luego reiterar los resultados de las simulaciones realizadas, en los mismos términos del Acto de apertura de investigación. La Delegatura concluyó lo siguiente:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

“Como resultado del ejercicio se encontró que para cuatro de los cinco mecanismos contemplados por FONADE, el escenario de colusión incrementaba la probabilidad de ganar la licitación para el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO. En efecto, para los mecanismos de media geométrica, media aritmética y media aritmética alta, la probabilidad de que el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO resultara adjudicatario se incrementa en 20 puntos porcentuales cuando se pasa del escenario competitivo al escenario colusorio; en el caso de la media aritmética baja, el incremento es de 5 puntos porcentuales”.

Continúa el Informe, describiendo el dictamen pericial realizado y citando las conclusiones del mismo, en los siguientes términos:

“a. Que del estudio de las tres tablas construidas, en las que se evaluó el proponente ganador en función de cada uno de los posibles valores ofertados por CONCRETO dentro del rango (90,0%-100,0%) con diferencias de 0,1% encontró que los tres proponentes que participaron en la licitación habrían podido ganar dependiendo del rango en el que se encontrara la propuesta económica de CONCRETO para cualquiera de los tres mecanismos de adjudicación bajo análisis.

b. En particular, respondiendo la primera pregunta objeto del peritaje, si el mecanismo de adjudicación elegido al azar hubiese sido la media aritmética y si la propuesta de CONCRETO se hubiese ubicado en el rango 90,0% - y 91,4% el ganador de la licitación hubiese sido este consorcio, mientras que si la propuesta económica de CONCRETO se hubiese ubicado en el rango 91,5% - 92,7% el ganador de la licitación hubiese sido el CONSORCIO ORIENTE; para el mecanismo de media geométrica ocurría una situación similar, mientras que con la media geométrica alta, si la propuesta de CONCRETO se hubiese ubicado en el rango 90,0% - y 92,2%, éste hubiese sido el ganador.

En el cuadro a continuación se presentan los rangos y proponentes ganadores para cada mecanismo de adjudicación, bajo el supuesto que la propuesta de CONCRETO se hubiese ubicado entre el 90,0% y el 92,7% del presupuesto total, también se presentan los resultados para rangos que contemplan proporciones superiores a 92,7% y hasta 100%:

Cuadro No. 6. Rango de análisis y posibles ganadores

Mecanismo de Adjudicación					
Media Aritmética		Media Geométrica		Media Aritmética Alta	
<i>Rango Concreto</i>	<i>Ganador</i>	<i>Rango Concreto</i>	<i>Ganador</i>	<i>Rango Concreto</i>	<i>Ganador</i>
90,1%- 91,4%	CC	90,1%- 91,3%	CC	90,1%- 92,2%	CC
91,5%- 92,7%	CO	91,4%- 92,7%	CO	92,3%- 92,7%	CO

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

92,8%- 95,6%	CO	92,8%- 95,7%	CO	92,8%- 93,5%	CO
95,7%- 100%	CVC	95,8%- 100%	CV C	93,6%- 100%	CVC

Fuente: Cálculos SIC con base en el Dictamen Pericial del expediente No. 07-106011

Del anterior ejercicio, el perito concluyó que los tres proponentes podrían haber resultado ganadores en las tres alternativas de promedio dependiendo de la propuesta económica de CONCRETO.

Ahora bien, con respecto a la segunda pregunta del peritaje, el perito concluye que la participación en una licitación y el hecho de resultar ganador no constituyen fenómenos a los que se pueda atribuir una probabilidad y en este sentido no proporciona un cálculo de la probabilidad que tenía CONCRETO de salir ganador o adjudicatario de la licitación".

En cuanto al ejercicio de simulación desarrollado por la Delegatura, el perito criticó la metodología utilizada señalando que no es correcto realizar un análisis de este tipo en una licitación cuando la participación en estos procesos y el hecho de salir ganador no constituyen fenómenos probabilísticos, ya que son fenómenos que no se pueden repetir y suponer tres participantes aleatorios resulta irracional, cuando en la práctica el comportamiento de los participantes es racional.

La posición plasmada en el Informe Motivado acoge el concepto del perito frente a los argumentos que invalidan el análisis de simulación desarrollado en la Resolución de apertura. Sin embargo, basándose en los cálculos realizados en el dictamen, así como en las demás pruebas, para la Delegatura es posible llegar a conclusiones similares a las obtenidas en el ejercicio de simulación. Se hace conveniente transcribir lo señalado en el referido Informe:

"En efecto, a partir del análisis de los rangos y proponentes ganadores para cada mecanismo de adjudicación, bajo el supuesto que la propuesta de CONCRETO se hubiese ubicado entre el 90,0% y el 100,0% del presupuesto total, manteniendo fijas las propuestas económicas de los demás consorcios, se encuentra que CONCRETO hubiese resultado adjudicatario sólo en los casos que su propuesta económica se encontrara en un rango entre 90,1% y 91,4% del presupuesto total, para los dos primeros promedios, y hasta el 92,2% del presupuesto para la media aritmética alta, en ese sentido, sólo si CONCRETO hubiese presentado una propuesta inferior a la de CONSORCIO VIAL COLOMBIANO, podría haber resultado adjudicatario, en cualquier caso, a excepción del mecanismo de adjudicación de la propuesta más baja".

De acuerdo con lo anterior, el Informe Motivado defiende la posición de que la estrategia basada en presentar las propuestas más bajas era eficiente para el Consorcio Vial Colombiano, toda vez que, tenía mayor posibilidad de ganar la licitación que Concreto. Según el escrito, a pesar de que los proponentes en un proceso de

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

este tipo defienden su propuesta a través de criterios técnicos, también disponen de información de carácter público que les permite conocer las estadísticas con base en las cuales los licitantes potenciales y competidores establecen sus tendencias para definición del porcentaje del presupuesto total que pueden tomar los mecanismos de adjudicación. De esta forma, los proponentes tienen la posibilidad de fijar sus propuestas con base en datos históricos de otros procesos anteriores.

En este punto se cita por parte del Informe de la Delegatura, el testimonio de Dalia Inés Barros, ingeniera de planta encargada de la elaboración de las propuestas a presentar en las licitaciones de CONSTRUCTORA M.P. S.A., quien reconoció que se realiza un ejercicio de análisis histórico de las propuestas de otros proponentes para buscar conocer o intuir las propuestas futuras. Igualmente, se tiene en cuenta el testimonio de Jaime Marín Morales, quien reconoce que dentro del proceso de elaboración de la propuesta se observa el comportamiento de los otros proponentes en diferentes procesos anteriores.

Según la Delegatura el dictamen desconoce que el examen de las propuestas no puede ser analizado de manera individual y que por el contrario debe ir de la mano del análisis de los elementos cualitativos ya descritos en el capítulo anterior, constituido por las múltiples similitudes en la presentación de las propuestas.

Concluye la Delegatura en su Informe que: (i) el conocimiento previo de los investigados por haber conformado con anterioridad diversos consorcios, (ii) el actuar conjunto de los investigados en la etapa previa a la presentación de las propuestas, (iii) las coincidencias encontradas en las propuestas presentadas por los consorcios y (iv) la estrategia para la definición del valor de la propuesta económica por parte de los investigados, es suficiente para demostrar que la conformación de los consorcios VIAL COLOMBIANO y ORIENTE en la licitación de FONADE estuvo precedida por un acuerdo entre sus miembros, cuyo objeto y efecto fue el de no competir y coludir en la licitación.

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar con la multa máxima a las investigadas CONSTRUCTORA M.P. S.A., M.L. INGENIEROS S.A. en su calidad de integrantes del Consorcio Vial Colombiano, y a los señores HORACIO VEGA CÁRDENAS y JORGE DIAZ MURCIA en su calidad de integrantes del Consorcio Oriente por haber infringido lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, conforme al numeral 16, artículo 4, del Decreto 2153 de 1992, y teniendo en cuenta el nivel de participación de los representantes legales, se recomendó la máxima sanción posible para JAIME ALBERTO MARÍN MORALES en su calidad de representante legal de las empresas CONSTRUCTORA M.P. S.A., M.L. INGENIEROS S.A y el Consorcio Vial Colombiano y al señor HORACIO VEGA CÁRDENAS en su doble calidad de representante legal e integrante del Consorcio Oriente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

SEXTO: Que estando dentro del término legal, los apoderados de los investigados presentaron idénticas observaciones al Informe Motivado¹⁵, cuyos principales argumentos son resumidos a continuación:

Inician los documentos de opiniones al Informe Motivado haciendo referencia al concepto de colusión y al Art. 1 Ley 155 de 1959, luego de lo cual, se afirma que el verbo rector de la norma es limitar, lo que implica que el acuerdo tuviese como efecto limitar el acceso de terceros competidores al proceso licitatorio, acción que para los apoderados está por fuera del alcance de los vinculados a la investigación donde se partió de unas coincidencias que desconocen por completo los procedimientos que el mismo proceso licitatorio establece para adjudicar, ya que no es posible de manera alguna saber con anterioridad cuántos proponentes se presentarán.

Según los abogados, en el proceso licitatorio, la presentación de propuestas por parte de los dos consorcios investigados (VIAL COLOMBIANO conformado por las sociedades CONSTRUCTORA M.P S.A Y ML INGENIEROS S-S Y VÍAS DE ORIENTE conformado por las personas naturales Horacio Vega Cárdenas y Jorge Díaz Murcia) no supone ningún acuerdo entre ellos, así existan coincidencias formales que no inciden ni la evaluación técnica, ni en la financiera, ni lesión en la dinámica del mercado ya que no afectó a competidores potenciales ni a concurrentes.

Continúan su argumentación afirmando que en el presente caso el interés público no fue afectado por la escogencia de la mejor propuesta y ello se ve no sólo en el precio ofrecido sino en la realización de la obra. Según Ellos, en toda licitación pública el Estado es parte del contrato, razón por la cual no se puede coludir contra él.

Se cita igualmente el pronunciamiento de FONADE en la audiencia de adjudicación, quien frente a las coincidencias señaló:

“(...) las similitudes en el contenido de las propuestas, su presentación, si bien podrían indicar que fueron elaboradas con fundamento en una misma asesoría, no pueden llevar a concluir que efectivamente existe un acuerdo entre los proponentes, con el fin de obtener un resultado específico que beneficie a cualquiera de ellos o ambos, en virtud de la selección que finalmente se adopte en el proceso de selección en que a su vez, afecte la libre participación de los oferentes, dicho de otro modo, no existe elemento alguno que permita concluir que ha existido entre los proponentes cuestionados un pacto ilícito en daño de tercero, esto es, colusión, que constituye la práctica prohibida por Ley (...)”.

¹⁵ Mediante escrito radicado con el número 07-106011-00078-0002 del 12 de agosto de 2011, el apoderado de las sociedades CONSTRUCTORA M.P. S.A., M.L. INGENIEROS S.A. y de la persona natural JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, presentó escrito de opiniones al Informe Motivado. Igualmente, a través de escrito radicado bajo el número 07-106011-00079-0002 del 12 de agosto de 2011, el apoderado de Horacio Vega Cárdenas presentó escrito de opiniones al Informe Motivado. Por último, el día 25 de agosto de 2011, se presentó el respectivo escrito a nombre del señor Jorge Díaz Murcia.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Se afirma además que para FONDAE no resultaron relevantes las conductas de los proponentes investigados y tampoco para Conconcreto cuando concilió y desistió de la queja presentada por conducto de FONADE. Además, según los escritos presentados, no hubo afectación ni para el contratante ni para CONCRETETO S.A. Según el dictamen pericial practicado dentro de la investigación por el perito designado por esa Superintendencia, desde el punto de vista probabilístico y matemático, no se dieron condiciones para que existiera colusión. No puede alegarse el interés general, como amenazado o lesionado por la coincidencia en unos requisitos formales que fueron presentados en forma autónoma e independiente.

En lo que respecta a la infracción al régimen de protección de la competencia, los apoderados manifestaron que las coincidencias en los documentos presentados no constituyen peligro potencial que pueda amenazar o afectar derecho alguno. Se trató de una licitación pública donde se publicaron unos pliegos que exigen el cumplimiento de unos requisitos, establecidos por la misma entidad contratante. La entidad contratante realizó la evaluación en dos etapas, la primera sobre los documentos jurídicos y la segunda, la revisión de los soportes técnicos. Es una fase de habilitación en que se revisa la parte jurídica y técnica de los proponentes.

Según los abogados, el Despacho desconoce que en materia de contratación pública y privada, no son muy numerosas las firmas, compañías o empresas que participan en dicho mercado, por lo tanto no resulta censurable, ni es riesgo, que los potenciales competidores se conozcan entre sí o hayan celebrado negocios con anterioridad a la presente licitación. En su concepto, la Constructora M.P y MI Ingenieros que integraron el Consorcio Vial Colombiano, son empresas nacionales legalmente constituidas, que tienen una vasta experiencia en el desarrollo de obras públicas y privadas.

Continúan su exposición señalando que el conocimiento que se tengan entre los empresarios, por sí solo no puede llevar al Despacho a concluir que sea determinante para realizar actos contrarios a la Ley. Si así lo fuera, todas las organizaciones económicas asociativas surgieron del conocimiento que pudieron tener entre sí para celebrar negocios en toda la historia del mundo. Así se ha desarrollado el comercio a través de la historia del mundo, ejemplo es la existencia del *Collegium Mercatorum* de Roma, las Corporaciones de Mercaderes de la Edad Media, etc. Con el criterio de que solo conocerse entre sí es sinónimo de ilicitud, no se debería permitir ni siquiera la existencia de sindicatos o asociados de ninguna naturaleza. En Colombia la ley no ha tipificado como causal de inhabilidad o de impedimento para seguir contratando con las entidades públicas o privadas, el hecho de haberse consorciado con anterioridad a un nuevo proceso de licitación. Los índices similares obedecen al orden establecido en el mismo pliego. Los términos están fijados en el pliego de condiciones suministrado por la Entidad y mal puede el Despacho afirmar que los consorcios investigados fueron los que fijaron esos términos.

El hecho de haberse solicitado los cheques de las mismas cuentas Bancarias, simplemente obedeció a que efectivamente manejaban la misma cuenta corriente donde las firmas eran conjuntas por tratarse una cuenta corriente abierta a raíz de un consorcio que además es relacionado en cada una de las dos propuestas objeto de similitudes, ello no significa que la situación implique que no hubo un actuar

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

independiente o que existió un acuerdo previo entre los dos consorcios investigados. La circunstancia no desconocida de celebrar consorcios anteriores les dio la posibilidad de utilizar los mismos formatos.

No puede juzgarse que los representantes legales de los consorcios hubieran sido los que dirigieron y coordinaron la elaboración y presentación de documentos, pues son ellos precisamente los responsables ante la sociedad y ante terceros de los resultados de los negocios que constituyen el objeto social de la actividad que desarrollan.

En cuanto a los números de pólizas consecutivos, la circunstancia de haberlas solicitado a la misma compañía de seguros Riversegur Ltda., a quien no solo los consorcios investigados acudieron sino también otros proponentes para la misma licitación como es el caso de Consorcio vías del llano –se presentó para el “Grupo A”, etc.

Que los cupos de crédito de ambos consorcios fueran expedidos en la misma fecha, en la misma Sucursal, es una situación derivada de la relación comercial de los dos proponentes por intermedio de quienes integran los consorcios con el mismo Banco.

Que dentro de su “personal clave” ambos hubiesen presentado a la trabajadora social Martha Lucía Bacca Romero es consecuencia de que para esa época ella prestara sus servicios como trabajadora del CONSORCIO VIAL DE COLOMBIA integrado por CONSTRUCTORA M.P. S .A y la persona natural Horacio Vega Cárdenas razón por la cual fue relacionada en las dos propuestas, así lo conoció FONADE y la Ley no lo prohíbe.

Que los porcentajes propuestos en la propuesta económica de ambos consorcios fuesen exactamente iguales es justificado por la experiencia común por la relación consorcial anterior de ambos. El AIU determina solo los valores por concepto de Administración, Imprevisto y Utilidad, luego no los costos directos que sí están sujetos o se determinan en función de las cotizaciones.

El proceso licitatorio estructurado por FONADE estaba por fuera del alcance de los supuestos coludidos en determinar cuáles y cuántos proponente se presentarían, así como qué precios y condiciones ofrecerían, como tampoco era previsible cuáles de los proponentes estarían habilitados para participar en el proceso. En la prueba pericial practicada por el Ingeniero JAIME ENRIQUE VARELA se responde a dichos interrogantes con una negativa. El Despacho no tiene en cuenta los dictámenes periciales practicados por peritos de esa Superintendencia. Es prueba contundente que recae sobre un experto en estadística y determina los probables resultados como conducto de una supuesta conducta anticompetitiva. El dictamen señalaba que cualquiera de los proponentes podría resultar ganador; no obstante el Despacho realizó su propio análisis de simulación carente de elementos técnicos, concluyendo que CONCRETO habría resultado favorecida.

SÉPTIMO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010, el 27 de octubre de 2011 se escuchó a los miembros del Consejo Asesor, quienes compartieron

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

la sugerencia del Delegado para la Protección de la Competencia. Surtidas adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, procede el Despacho a resolver el presente caso.

7.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención 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"*.

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, en concordancia con los numerales 10, 13 y 14 del artículo 3 del Decreto 1687 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

7.2. Marco normativo

De conformidad con la Resolución No.44008 del 24 de agosto de 2010, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, en este caso se examinó la presunta infracción a las siguientes normas:

7.2.1. Prohibición general

Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: *"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos*

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

7.2.2. Colusión en licitaciones

El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, prevé como anticompetitivos aquellos acuerdos que *“tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.*

7.3. Naturaleza de la conducta

Al analizar la conducta de colusión, debe citarse el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, en donde se define un “acuerdo” como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada.

Por su parte, la colusión ha sido definida como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 26 de enero de 1995, que *“las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra”*¹⁶.

Se considera reprochable, entonces, cuando dos o más agentes competidores en el mercado, dentro de un escenario licitatorio realizan un acuerdo con el fin de modificar de manera artificial los resultados de dicho proceso, defraudando así, no sólo los intereses públicos sino a los demás competidores no incluidos en la colusión. Se trata de una conducta reconocida a nivel internacional como *bidrigging* o *collusivetendering* y considerada como una de las infracciones de mayor impacto debido a que no sólo afecta la libre competencia, sino los bienes públicos. Frente a la afectación de este tipo de conductas, esta Entidad ha señalado lo siguiente:

“La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad”

¹⁶ Ver Guía Práctica para combatir la colusión en licitaciones. Superintendencia de Industria y Comercio 2011.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

económica de cualquier país, y hace a su vez urgente y necesario el diseño de políticas orientadas a la disminución y detección de la colusión en las licitaciones públicas”¹⁷.

Frente a las formas de manifestación de los acuerdos colusorios, se han identificado entre otras, las siguientes: (i) intercambios de información sensible sobre las posturas que cada cual presentará en la subasta; (ii) no presentación de posturas por uno o más de los postulantes; (iii) retiro de las posturas ya presentadas; (iv) presentación de posturas manifiestamente destinadas al fracaso; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, los participantes frecuentes en una categoría de licitaciones pueden repartirse los contratos entre sí o turnarse en la posición de ganador o adjudicatario y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la subasta oficial puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo. En esta segunda subasta, a diferencia de la primera, las firmas anteriormente coludidas presentan ahora posturas competitivas¹⁸.

No es diferente la colusión a cualquier otro tipo de acuerdo anticompetitivo, en donde los infractores comparten información, realizan actividades conjuntas y buscan un objetivo común con el fin de lograr sus objetivos ilícitos. Es claro además, que en este tipo de conductas, el sustento probatorio debe construirse a través de diferentes indicios que lleven a concluir la realización de la conducta, toda vez que, la prueba directa en este tipo de situaciones es de difícil consecución para las autoridades de competencia¹⁹.

A continuación, se entrará a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas acusadas. Para tal efecto, en una primera parte, se evaluarán las pruebas recaudadas durante la etapa de investigación y posteriormente, se realizará un análisis de los mecanismos de adjudicación en la licitación específica a la luz de la prueba pericial realizada, para luego determinar si mediante la manipulación de los mismos era posible direccionar de manera artificial el adjudicatario.

7.4. Caso concreto

El presente caso tiene como origen el proceso de licitación No. IPG 2027-196076 adelantado en el año 2007, por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE-, en virtud del Convenio No. 196076 suscrito con el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS-. El objeto de dicho proceso consistía en

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Extrado del documento "Compras Públicas y Libre Competencia" elaborado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile. (2011)

¹⁹ Para la Comisión Nacional de la Competencia Argentina: "Al mismo tiempo resulta usual en la jurisprudencia antitrust reconocer que este tipo de conductas frecuentemente no puede probarse de forma directa, ya que resulta muy probable que los participantes en una concertación o acuerdo de reparto de cuotas, clientes y de precios no lo dejen plasmado en un documento. [...] En consecuencia, cuando no se tiene una prueba directa del acuerdo para probar su existencia debe recurrirse a una prueba indirecta, básicamente indicios y presunciones". Dictamen 513 de 2005 pág. 40-41.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

contratar la *“reconstrucción, Pavimentación y/o Repavimentación de las Vías del Programa de Infraestructura y Desarrollo Regional Plan 2500, Grupo A – 1 puerto López - Puerto Gaitán (K49+000 AL K73+000), Grupo B. – Fuente de Oro - San José de Guaviare (K1Q9+250 al K115+540), Grupo C - Turbo - Necoclí (K18+773 aK26+373)”*²⁰.

FONADE llevó a cabo la audiencia de cierre del proceso licitatorio el 3 de agosto de 2007, recibiendo las propuestas del Consorcio Vial Colombiano, Conconcreto S.A., y Consorcio Oriente, quienes resultaron habilitados en la primera fase clasificatoria. En las observaciones realizadas a FONADE por parte del proponente CONCONCRETO señalaban que las propuestas presentadas por los proponentes Consorcio Vial Colombiano y Consorcio Oriente evidenciaban coincidencias que podían indicar la existencia de una conducta presuntamente anticompetitiva por parte de ambos consorcios con el propósito de que alguno resultase adjudicatario del proceso de licitación²¹.

Posteriormente, el 28 de septiembre de 2007 se llevó a cabo la *“Audiencia pública de presentación del informe final de evaluación jurídico-técnico, apertura de la propuesta económica y recomendación de la contratación”*, en donde se realizó el sorteo entre los 5 posibles métodos para la evaluación económica de las propuestas, que para el *“GRUPO B”* resultó elegida la opción de la MEDIA GEOMETRICA²², en el cual participaron Conconcreto, Consorcio Vial Colombiano y Consorcio Oriente, resultando como adjudicatario el Consorcio Vial Colombiano.

FONADE a través de oficio número 07-106011 de octubre 10 de 2007²³, puso en conocimiento de esta Entidad las observaciones al informe de evaluación presentadas por la empresa Conconcreto, las cuales hacían referencia a algunas coincidencias que se presentaron en las ofertas del Consorcio Vial Colombiano y el Consorcio Oriente, dentro del proceso licitatorio denominado con el nombre de IPG 2027-196076.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, es posible afirmar que existen varias coincidencias entre las propuestas de los consorcios Oriente y Vial Colombiano que analizadas de manera individual y en su conjunto, constituyen hechos indicadores de un acuerdo anticompetitivo entre las personas naturales y jurídicas involucradas. De tal suerte, considera importante este Despacho nuevamente hacer una relación una a una de las similitudes referidas.

7.4.1. Respecto de las similitudes en las ofertas y a su valoración probatoria

De manera previa al análisis individual de los elementos probatorios encontrados, es necesario hacer referencia a que los mismos deben ser valorados como indicios que

²⁰ Documento obrante en el Cuaderno No. 2 folios 748-777

²¹ Documento obrante en el Cuaderno No. 2, folios 566-567

²² Documento obrante en el Cuaderno No. 2, folios 736-740

²³ Documento obrante en el Cuaderno No. 1, folio 1.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

evaluados uno a uno y en su conjunto, llevan a concluir la existencia de una conducta colusoria en el presente caso²⁴.

En este punto debe señalarse que en casos relacionados con infracciones a las normas de competencia, ha sido reconocido a nivel internacional el papel que juegan los indicios, precisamente debido a que en buena parte de los casos no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas. Es así como por ejemplo el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

“...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ... hay que resaltar -continúa la sentencia indicada- que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”. Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.”²⁵ (Subrayado fuera de texto)

En igual sentido, en la ya citada decisión de la autoridad Argentina de la Competencia se expresó:

“(...) es usual en la jurisprudencia antitrust reconocer que este tipo de conductas frecuentemente no puede probarse de forma directa, ya que resulta muy probable que los participantes en una concertación o acuerdo de reparto de cuotas, clientes y de precios no lo dejen plasmado en un documento. (...) En consecuencia,

²⁴En relación con la prueba indiciaria, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos: *“La simulación de los negocios jurídicos en la mayoría de los casos, aflora mediante la prueba por indicios, caso en el que el sentenciador, conforme lo señala el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, debe hallar plenamente acreditado en el proceso aquel hecho del cual, por inferencia lógica, se deriva con mayor o menor fuerza causal otro hecho desconocido. En la prueba por indicios juega papel fundamental la fuerza individual de cada indicio y el elenco de todos ellos, a lo cual se suma que el juez habrá de utilizar la lógica, el sentido común y las reglas de la experiencia, así como dejar vestigio en los argumentos sobre el poder suasorio que le produce cada prueba y la suma coherente y razonada de todas ellas, de modo que pueda reconstruirse el itinerario lógico que llevó al juzgador a decidir como lo hizo, y así seguir su huella sin que haya molestia para la razón o asome por ahí una conclusión absolutamente reñida con la lógica”²⁴. (Subrayado fuera de texto)*

²⁵ RESOLUCIÓN (Expediente. 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. www.tdcompetencia.es

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

cuando no se tiene una prueba directa del acuerdo para probar su existencia debe recurrirse a una prueba indirecta, básicamente indicios y presunciones²⁶.

A continuación, se recorrerán las similitudes encontradas en las ofertas presentadas por los consorcios Vial Colombiano y Oriente, las cuales fueron puestas de presente por la Delegatura. Luego de la descripción de cada similitud, se hará referencia, en caso de existir, a los argumentos que frente a la misma fueron expuestos por los investigados en sus escritos de opiniones al Informe Motivado, para finalmente expresar la posición del Despacho en cada caso.

7.4.1.1. Índice de la propuesta

FONADE hizo referencia en el pliego de condiciones a la elaboración de un índice²⁷, en donde se relacionaran los documentos contenidos en la propuesta. No obstante, no existía dentro del texto del pliego obligación alguna relacionada con la forma y estructura del mencionado índice, razón por la cual, resulta bastante extraño para esta Entidad que los consorcios involucrados hubieran presentado el mismo índice en sus propuestas, como a continuación se puede observar:

CONSORCIO ORIENTE		CONSORCIO VIAL COLOMBIANO	
	267		29
INDICE		INDICE	
ACREDITACION PAGO DERECHOS PARTICIPACION	1	ACREDITACION PAGO DERECHOS PARTICIPACION	1
CARTA DE PRESENTACION	3	CARTA DE PRESENTACION	3
DOCUMENTO CONSTITUCION CONSORCIO	9	DOCUMENTO CONSTITUCION CONSORCIO	8
CUMPLIMIENTO ART. 50 DE LA LEY 789 Y LEY 828	14	CUMPLIMIENTO ART. 50 DE LA LEY 789 Y LEY 828	12
GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	17	CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL	15
PACTO DE INTEGRIDAD	21	GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	22
CUPO DE CREDITO	27	PACTO DE INTEGRIDAD	24
FORMATO 03 - CALCULO CUPO RESIDUAL DE CREDITO	29	CUPO DE CREDITO	31
CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA	32	FORMATO 03 - CALCULO CUPO RESIDUAL DE CREDITO	32
FORMATO 04 - EXPERIENCIA ESPECIFICA DEL PROPONENTE	34	CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA	35
RELACION PERSONAL CLAVE REQUERIDO	162	FORMATO 04 - EXPERIENCIA ESPECIFICA DEL PROPONENTE	37
FORMATO 07 - RELACION DE EQUIPO OFRECIDO	179	RELACION PERSONAL CLAVE REQUERIDO	145
FORMATO 08 - CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATACION	183	FORMATO 07 - RELACION DE EQUIPO OFRECIDO	165
CERTIFICADO DE INSCRIPCION EN EL RUP	231	FORMATO 08 - CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATACION	167
ORGANIZACION DE LOS TRABAJOS	247	CERTIFICADO DE INSCRIPCION EN EL RUP	214
PROGRAMACION DE LOS TRABAJOS	261	ORGANIZACION DE LOS TRABAJOS	224
		PROGRAMACION DE LOS TRABAJOS	250

Fuente: Documentos obrantes en los folios 19 y 267 del Cuadernos No. 1, del expediente No. 07-106011

²⁶ Comisión Nacional de la Competencia Argentina. Dictamen 513 de 2005 pág. 40-41.

²⁷ El pliego de condiciones de la licitación estableció en su numeral 2.1.2.1, lo siguiente: **"2.1.2.1 Índice de la propuesta** El Proponente relacionará todos y cada uno de los documentos que contiene su propuesta, indicando el número de folio en el cual se encuentra (...)"

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

De acuerdo con lo señalado por los apoderados de las investigadas en sus escritos, la situación arriba mostrada obedece "(...) al orden establecido en el mismo pliego, como se puede evidenciar en el propio pliego – numerales 2.2.1. a 2.2.2. De otro lado, los términos están fijados en el pliego de condiciones suministrados por la entidad contratante, en este caso FONADE, luego mal puede el Despacho afirmar que los consorcios investigados fueron los que fijaron esos términos".

No comparte este Despacho la posición planteada por los apoderados, principalmente porque lo que llama la atención de la comparación entre las propuestas, no solamente es el orden de los títulos en los índices, sino que los textos utilizan el mismo tamaño y fuente de letra y que entre ellos se asemejan mucho más que lo que se parece cada uno y el pliego de condiciones. Así, si se comparan los títulos de las ofertas con el listado de documentos del pliego de condiciones, es claro que existen diferencias entre aquellos y este. Veamos:

Cuadro 3

Comparación entre el índice de las propuestas y el listado contenido en el pliego

Títulos Índice Propuestas	Listado Pliego de condiciones Numeral 2.2.1 a 2.2.2
Acreditación pago derechos de participación	Acreditación <u>del</u> pago <u>de</u> los derechos de participación
Carta de presentación	Carta de presentación <u>de la propuesta</u>
Documento Constitución Consorcio	Documento <u>privado de</u> constitución <u>de</u> Unión Temporal o Consorcio <u>para la</u> presentación de la propuesta
Cumpliendo Art 50 de la Ley 789 y Ley 828	Documento cumplimiento Art 50 de la Ley 789 <u>de 2002</u> y Ley 828 de <u>2003</u>
No hace referencia	Certificado de existencia y representación legal
No hace referencia	Documento de facultades para presentar propuestas y contratar
Garantía de seriedad de la propuesta	Garantía de seriedad de la propuesta
Pacto de integridad	Pacto de integridad
Cupo de crédito	Cupo de crédito (<u>Formatos 02 y 03</u>)
Formato 03 – Cálculo cupo residual de crédito	<u>Determinación del cupo de crédito residual</u>

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Certificado de vista de obra	<u>Visita de carácter obligatorio al sitio donde se desarrolla la obra</u>
Formato 04 – Experiencia específica del proponente	Experiencia específica <u>certificada</u> del proponente (Formato 4)
Relación personal clave requerido	Relación personal clave requerido <u>(Formato 05) y Cartas de compromiso (Formato 06)</u>
No hace referencia	Plazo de ejecución del contrato
Formato 07- Relación de equipo ofrecido	Relación de equipo de construcción ofrecido (Formato 07)
Formato 08 – Capacidad residual de contratación	Capacidad de contratación (k) y Capacidad Residual (Kr) (Formato 8)
Certificado de inscripción en el RUP	No hace referencia
Organización de los trabajos	Organización de trabajos
Programación de los trabajos	Programación de los trabajos

De acuerdo con lo que se observa en el anterior cuadro, no es cierto como lo pretenden mostrar los apoderados, que las similitudes entre las ofertas provengan del pliego de condiciones como referencia común de los proponentes. Son claras las diferencias entre los índices idénticos contenidos en las propuestas y el listado de documentos jurídicos y técnicos del numerales 2.2.1 a 2.2.2 del citado pliego (resaltadas y subrayadas). Vale mencionar además que, si bien existía dicho listado, en ninguna parte se obligó a los proponentes a seguir el orden en él contenido. Por lo tanto, la forma en que se presentaron las propuestas indica que hubo una concertación por parte de los consorcios en la forma como se elaboraron.

7.4.1.2. Acreditación del Pago de los Derechos de Participación

El numeral 2.2.1 del pliego de condiciones estableció que el proponente debía acreditar el pago de los derechos de participación, debiendo aportar el respectivo comprobante de ingreso expedido por la tesorería de FONADE. Para tal efecto, el pago podía realizarse en efectivo o en cheque de gerencia. Tanto el Consorcio Vial Colombiano como el Consorcio Oriente acreditaron dicho requisito, allegando el comprobante de ingreso expedido por FONADE, como se aprecia a continuación:

RESOLUCIÓN NÚMERO 64400 DE 2011 Hoja N°. 22

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Consortio Oriente

2648

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO		COMPROBANTE DE INGRESO		Nro.	6859
Convenio U. Ejecutora	003000	Origen Recursos	Banco AH BANCO DE BOGOTA 402-32300-1	FECHA	25-07-2007
Fecha Consignación	25 JUL 07 4009306	Tercero	NI 8120070 VEGA CARDENAS HORACIO		
Nro Cheque	4009306	Objeto	CONSORCIO ORIENTE VENTAS PLIEGOS LICITACION IPG - 2007 - 106070		
		Valor Bruto			9.308.000,00
		Valor Neto a Pagar			9.308.000,00

CANCELADO

Fecha Autorización: 25-07-07 17:33:43

Fuente: Documentos obrantes en los folios 21 y 269 del Cuaderno No. 1 del expediente No. 07-106011

Consortio Vial Colombiano

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO		COMPROBANTE DE INGRESO		Nro.	6657
Convenio U. Ejecutora	003000	Origen Recursos	Banco AH BANCO DE BOGOTA 402-32300-1	FECHA	25-07-2007
Fecha Consignación	25 JUL 07 4009306	Tercero	NI 830011825 CONSTRUCTORA MP LTDA		
Nro Cheque	4009306	Objeto	CONSORCIO VIAL COLOMBIANO - VENTA PLIEGOS LICITACION IPG - 2007 - 106070		
		Valor Bruto			9.308.000,00
		Valor Neto a Pagar			9.308.000,00

CANCELADO

Fecha Autorización: 25-07-07 10:30:52

Fuente: Documentos obrantes en los folios 21 y 269 del Cuaderno No. 1 del expediente No. 07-106011

Se observa como los cheques aportados para la cancelación de los derechos de participación de los consorcios involucrados provienen de la misma chequera y cuenta bancaria, siendo además cheques consecutivos Nos. 4009305 y 4009306. Además de lo anterior, también obran en el expediente las solicitudes de expedición de los cheques de gerencia ante el Banco BBVA²⁶. Como se observa a continuación, dichas solicitudes se realizaron por los señores JAIME ALBERTO MARIN MORALES y HORACIO VEGA

²⁶ Tanto el CONSORCIO VIAS DEL META como el CONSORCIO VIAL DE COLOMBIA, que se encuentran conformados por el señor JAIME ALBERTO MARIN MORALES y HORACIO VEGA CARDENAS, investigados en la presente actuación, tienen cuentas corrientes en el Banco BBVA, quien expidió las certificaciones de la existencia de dichas cuentas con destino al expediente. Documentos obrantes en el Cuaderno No. 7., folios 2336-2337.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

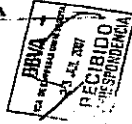
Radicación N° 07-106011

CARDENAS, según lo afirmado en las observaciones, en virtud de los consorcios que anteriormente habían llevado a cabo para participar en otras licitaciones:

14
2711

CONSORCIO VIAS DEL META

Bogotá D.C., 23 de Julio de 2007
CVM-CE-107-07



Señoras
BRVA
BANCA DE EMPRESAS SUCURSAL UNI 15
Ciudad


Referencia: Solicitud expedición cheque de gerencia.


Respetados Señores:

Por medio de la presente solicitamos la expedición de un cheque de gerencia a nombre del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE con NIT 899.999.318-1 por valor de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL PESOS M.CTE (\$9.308.000), a cargo de la cuenta corriente No.60000425-6 a nombre de CONSORCIO VIAS DEL META. El cheque será destinado a la compra de pliegos de condiciones para la Obra Fuente de Oro - San José del Guaviare.

Favor entregar el cheque al portador de la presente.

Cordialmente,

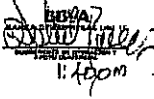

ALBERTO MARTÍN MORALES
C.C. 91.978.978


HORACIO VEGA CARDENAS
C.C. 91.209.970

CONSORCIO VIAL DE COLOMBIA

30

Bogotá D.C., 30 de Julio de 2007
CVC-CE-412-07



Señoras
BRVA
BANCA DE EMPRESAS SUCURSAL UNI 15
Ciudad


Referencia: Solicitud expedición cheque de gerencia.


Respetados Señores:

Por medio de la presente solicitamos la expedición de un cheque de gerencia a nombre del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE con NIT 899.999.318-1 por valor de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL PESOS M.CTE (\$9.308.000), a cargo de la cuenta corriente No.60000425-6 a nombre de CONSORCIO VIAL DE COLOMBIA. El cheque será destinado a la compra de pliegos de condiciones.

Favor entregar el cheque al portador de la presente.

Cordialmente,


ALBERTO MARTÍN MORALES
C.C. 91.977.128


HORACIO VEGA CARDENAS
C.C. 91.209.970

Avenida 127 No. 13 A -54 Oficina 401
Teléfono: 3147942 - 3167989, Fax: 3168084 - Bogotá D.C.

Fuente: Documentos obrantes en los folios 23334-2335 del Cuadernos No.7, del expediente No. 07-106011

De conformidad con los escritos de opiniones al Informe Motivado consideran los apoderados de las investidas, lo siguiente

"El hecho de haberse solicitado los cheques de las mismas (sic) cuenta Bancaria, simplemente obedeció a que efectivamente manejaban la misma corriente donde las firmas eran conjuntas por tratarse una cuenta corriente abierta a raíz de un consorcio que además es relacionado en cada una de las dos propuestas objeto de similitudes, sin que en modo alguno tal situación pueda ser entendida como

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

que no hubo un actuar independiente y menos aún, que tal circunstancia demuestre que existió un acuerdo previo entre los dos consorcios investigados, para presentarse y participar en dicha licitación con propósitos perjudiciales para las partes”.

Pretenden erróneamente los apoderados fraccionar las pruebas allegadas al expediente, con el fin de analizarlas de manera individual y concluir que cada una por sí sola no constituye prueba alguna de la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Se desconoce con esta postura que los elementos probatorios que obran en el expediente deben ser evaluados no sólo por lo que en sí mismos significan, sino por su importancia en la estructuración de una prueba indiciaria, en donde todas ellas muestran hechos que indican sin lugar a dudas que había una constante y continua comunicación y cooperación entre los supuestos competidores en el procesos licitatorio.

Si bien el hecho de que los números de los cheques de gerencia y las similitudes en las cartas de solicitud para su expedición pueden ser simplemente coincidencias, como lo quieren hacer ver los investigados, es claro que en el contexto en que están siendo analizadas constituyen un elemento más de prueba para demostrar la afinidad y colaboración existente entre ellos.

No es aceptable que bajo la justificación de haber participado de manera conjunta en procesos anteriores, se legitime la posibilidad de que dos competidores en un nuevo proceso elaboren, estructuren y hagan las gestiones de manera conjunta. Lo anterior, como mínimo constituye un indicio grave de una actividad colusoria.

Adicionalmente, es importante precisar que no es cierto, como lo manifiestan los investigados, que se está cuestionando el conocimiento previo entre los oferentes, lo que se cuestiona es que se utilice tal conocimiento para afectar la competencia libre en el marco de una licitación.

7.4.1.3. Documento de constitución del Consorcio o la Unión Temporal

El numeral 2.2.1.3 del pliego de condiciones señalaba que los proponentes debían presentar un documento privado de constitución del consorcio. De acuerdo con el pliego se plantearon una serie de requisitos a cumplir por parte del mencionado documento, sin que existiera de por medio un formato impuesto. A pesar de lo anterior, se observa que las propuestas presentadas por los investigados eran idénticas, tal y como se visualiza a continuación:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

CONSORCIO ORIENTE

CONSORCIO VIAL COLOMBIANO

CARTA DE INFORMACIÓN DE CONSORCIO

Señores
FONADE
Bogotá D.C.

Referencia: Licitación Pública No. IPC 2027-198076

Los suscritos, HORACIO VEGA CARDENAS identificado con C.C. No. 91.208.979 de Barranquilla, en representación de él mismo y JORGE DIAZ MURCIA identificado con C.C. No. 18.189.879 de Bogotá en representación de él mismo, manifiestan por este documento, que hemos convenido asociarnos en Consorcio, para participar en la licitación pública de la referencia cuyo objeto es la RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN, Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LAS VÍAS DEL PROGRAMA DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO REGIONAL PLAN 2800: GRUPO B - FUENTE DE ORQ-SAN JOSÉ DE GUAVIARE (K109+250 AL K115+540), y por lo tanto expresamos lo siguiente:

1. La duración de este Consorcio será igual a la del plazo de ejecución y liquidación del contrato y un (1) año más.

2. El Consorcio está integrado por:

NOMBRE	PARTICIPACION
Horacio Vega Cárdenas	80%
Jorge Diaz Murcia	10%

3. El Consorcio se denomina **CONSORCIO ORIENTE**

4. Manifiestamos expresamente y sin condicionamiento alguno que los integrantes asumen en forma solidaria la responsabilidad por la información suministrada en la propuesta, por las obligaciones derivadas de ella, de la suscripción, ejecución y liquidación del contrato resultante de este proceso de selección.

5. El Representante Legal del Consorcio es HORACIO VEGA CARDENAS, identificado con C.C. No. 91.208.979 de Barranquilla.

6. La sede del Consorcio es:
Dirección: Avenida 15 No. 124 - 87 Of 701
Teléfono: 2156497 - 2155051
Fax: 2156497
Ciudad: Bogotá D.C.

Horacio Vega Cárdenas:
Dirección: Avenida 15 No. 124 - 87 Of 701
Teléfono: 2156497 - 2155051
Fax: 2156497
Ciudad: Bogotá D.C.

Jorge Diaz Murcia:
Dirección: Calle 71 No. 74-39
Teléfono: 4308833
Fax: 4308087
Ciudad: Bogotá D.C.

En constancia se firma en Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de Julio de 2007.

HORACIO VEGA CARDENAS
C.C. No. 91.208.979

JORGE DIAZ MURCIA
C.C. No. 18.189.879

Horacio Vega Cárdenas
Representante Legal
Consorcio Oriente

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO
El suscrito, JORGE DIAZ MURCIA, identificado con C.C. No. 18.189.879, manifiesta haber conocido y reconocido a HORACIO VEGA CARDENAS, identificado con C.C. No. 91.208.979, como el representante legal del Consorcio Oriente, en el marco de la licitación pública de la referencia. Se firmó en Bogotá D.C. el día 19 de Julio de 2007.

783

CARTA DE INFORMACION DE CONSORCIO

Señores
FONADE
Bogotá D.C.

Referencia: Licitación Pública No. IPC 2027-198076 GRUPO B

El suscrito, JAIME ALBERTO MARIN MORALES, debidamente autorizado para actuar en nombre y representación de CONSTRUCTORA M.P. LTDA, con NIT. No. 830.011.825-1 y de M.L. INGENIEROS LTDA, con NIT. No. 900.148.808-0 respectivamente, manifiesta por este documento, que hemos convenido asociarnos en Consorcio, para participar en la licitación pública de la referencia cuyo objeto es la RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN, Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LAS VÍAS DEL PROGRAMA DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO REGIONAL PLAN 2800: GRUPO A - PUERTO LÓPEZ-PUERTO GAITÁN (K49+000 AL K73+000), GRUPO B - FUENTE DE ORQ-SAN JOSÉ DE GUAVIARE (K109+250 AL K115+540) Y GRUPO C -TURBO-NECOGLI (K18+773 A K28+373), y por lo tanto expresamos lo siguiente:

1. La duración de este Consorcio será igual a la del plazo de ejecución y liquidación del contrato y un (1) año más.

2. El Consorcio está integrado por:

NOMBRE	PARTICIPACION
Constructora M.P. Ltda.	51%
M.L. Ingenieros Ltda.	49%

3. El Consorcio se denomina **CONSORCIO VIAL COLOMBIANO**

4. Manifiestamos expresamente y sin condicionamiento alguno que los integrantes asumen en forma solidaria la responsabilidad por la información suministrada en la propuesta, por las obligaciones derivadas de ella, de la suscripción, ejecución y liquidación del contrato resultante de este proceso de selección.

temporal o definitiva del Representante Legal el suscrito será el Ingeniero José Pareces Hernández, con C.C. No. 18.197.244 de Bogotá.

6. La sede del Consorcio es:
Dirección: Avenida 127 No. 13A-84 Of 401
Teléfono: 015596092
Fax: 2188672 - 2168054
Ciudad: Bogotá D.C.

Constructora M.P. Ltda. y M.L. Ingenieros Ltda.
Dirección: Avenida 127 No. 13A-84 Of. 501
Teléfono: 015596092
Ciudad: Bogotá

En constancia se firma en Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de Julio de 2007.

JAIME ALBERTO MARIN MORALES
REPRESENTANTE LEGAL
CONSTRUCTORA M.P. LTDA.
NIT. 830.011.825-1

JAIME ALBERTO MARIN MORALES
REPRESENTANTE LEGAL
M.L. INGENIEROS LTDA.
NIT. 900.148.808-0

Acepto,

JAIME ALBERTO MARIN MORALES
REPRESENTANTE LEGAL
CONSORCIO VIAL COLOMBIANO

29



10
ITO MARIN
quien está
en caso de
faltar todos
ejecución y
de ausencia

9

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Frente a este punto, los apoderados en sus opiniones al informe se limitaron a afirmar lo siguiente:

“La circunstancia no desconocida por ninguno, de celebrar consorcios anteriores, les dio la posibilidad de utilizar los mismos formatos, sin que ello implique prueba de acuerdo (sic) colusorio. Así las cosas, solo se debían acondicionar los mismos formatos las exigencias establecidas en el pliego de peticiones para la citación IPG2027-196076 “Grupo B”. Ello tampoco constituye prueba de acuerdo colusorio”.

Nuevamente difiere esta Entidad de la posición arriba transcrita, en donde se justifica el hecho de presentar los mismos formatos con haber participado conjuntamente en otros procesos licitatorios. Si bien tal explicación resulta razonable, la misma no es de recibo en este caso, donde ésta es solo una de las pruebas que indican que la colaboración entre los oferentes llegó más a allá de la simple utilización de un formato común. Resulta fuera de todo contexto para una autoridad de competencia aceptar la supuesta competencia entre dos proponentes en una licitación, luego de que como en este caso, a pesar de que no existía formato alguno²⁹, todos los documentos por éstos presentados tienen similitudes en el texto, puntuación, márgenes, espacios, sangrías, tipo y tamaño de letra, destinatario, fragmentos resaltados en negrilla y mayúsculas sostenidas, son perfectamente iguales, llegando a coincidir, incluso, en los errores de redacción, lo que denota como éstas fueron elaboradas en conjunto por parte de los consorcios investigados.

Además de lo anterior, comparte plenamente este Despacho la posición de la Delegatura cuando, luego de analizar los testimonios de los investigados, concluye que: *“(...) sí existía un conocimiento previo de que iban a participar en la licitación en mención y que actuaron de forma conjunta en el proceso previo a la presentación de las*

²⁹ De acuerdo con el pliego de condiciones: *“El proponente con la presentación de la oferta, deberá anexar documento privado de constitución de Unión Temporal o Consorcio, reconocido notarialmente por todos y cada uno de sus integrantes, en el cual se exprese lo siguiente: a) Nombre, razón social, e identificación de cada uno de sus integrantes
b) Domicilio y residencia del proponente y de cada uno de sus integrantes
c) Designación del representante con facultad expresa de presentar oferta y contratar en caso de resultar aceptada la oferta.
d) Manifestación expresa y sin condicionamiento alguno de que asumen en forma solidaria la responsabilidad por la información suministrada en la propuesta, por las obligaciones derivadas de ella, de la suscripción, ejecución y liquidación del contrato resultante de este proceso de selección.
e) Señalar los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución.
f) La participación porcentual de cada uno de los integrantes.
g) Reglas básicas que regulan las relaciones entre integrantes y su responsabilidad.
h) Una duración de la forma de asociación escogida nunca inferior al lapso comprendido entre la fecha de entrega de la propuesta y un (1) año después de finalizado el contrato objeto del presente proceso de selección. El documento deberá ir acompañado de los que acrediten que quienes lo suscriben tienen la representación expresa y capacidad necesarias para dicha constitución y para adquirir las obligaciones solidarias derivadas de la propuesta y del contrato resultante (Certificados de Existencia y Representación legal expedidos por Cámara de Comercio, Actas de Asamblea y Junta Directiva, Poderes, etc.)”*



“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

propuestas así como en la elaboración de las mismas con el objeto de coludir en la licitación No. IPG-2027-196076.”

7.4.1.4. Garantía de Seriedad de la Propuesta

De conformidad con el pliego de condiciones en su numeral 2.2.1.7 los proponentes debían anexar una garantía que amparara la seriedad de su propuesta a favor de FONADE, por un valor equivalente como mínimo, al diez por ciento (10%), que para el "GRUPO B" correspondía a \$944.700.000,00³⁰. En lo que se refiere a este requisito, se encuentra que los consorcios investigados solicitaron la expedición de sus pólizas de garantía a la misma aseguradora, con números consecutivos de certificado 10942 y 10944, de factura 6338 y 6340y número general 8690 y 8692. Veamos:

CONSORCIO ORIENTE					CONSORCIO VIAL COLOMBIANO																
 <p>CONTRATO SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES Número Certificado: 10942 Fecha: 21/02/11</p> <p>N° 8690</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th>DESCRIPCIÓN</th> <th>VALOR</th> <th>FECHA DE VIGENCIA</th> <th>FECHA DE EXPIRACIÓN</th> <th>TIPO DE SEGURO</th> </tr> <tr> <td>Seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares</td> <td>944.700.000,00</td> <td>21/02/11</td> <td>21/02/12</td> <td>Seguro de cumplimiento</td> </tr> </table> <p style="text-align: right;">Firma Autorizada</p>	DESCRIPCIÓN	VALOR	FECHA DE VIGENCIA	FECHA DE EXPIRACIÓN	TIPO DE SEGURO	Seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares	944.700.000,00	21/02/11	21/02/12	Seguro de cumplimiento	 <p>CONTRATO SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES Número Certificado: 10944 Fecha: 21/02/11</p> <p>N° 8692</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th>DESCRIPCIÓN</th> <th>VALOR</th> <th>FECHA DE VIGENCIA</th> <th>FECHA DE EXPIRACIÓN</th> <th>TIPO DE SEGURO</th> </tr> <tr> <td>Seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares</td> <td>944.700.000,00</td> <td>21/02/11</td> <td>21/02/12</td> <td>Seguro de cumplimiento</td> </tr> </table> <p style="text-align: right;">Firma Autorizada</p>	DESCRIPCIÓN	VALOR	FECHA DE VIGENCIA	FECHA DE EXPIRACIÓN	TIPO DE SEGURO	Seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares	944.700.000,00	21/02/11	21/02/12	Seguro de cumplimiento
DESCRIPCIÓN	VALOR	FECHA DE VIGENCIA	FECHA DE EXPIRACIÓN	TIPO DE SEGURO																	
Seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares	944.700.000,00	21/02/11	21/02/12	Seguro de cumplimiento																	
DESCRIPCIÓN	VALOR	FECHA DE VIGENCIA	FECHA DE EXPIRACIÓN	TIPO DE SEGURO																	
Seguro de cumplimiento a favor de entidades particulares	944.700.000,00	21/02/11	21/02/12	Seguro de cumplimiento																	

Fuente: Documentos obrantes en los folios 42 y 288 del Cuaderno No.1, del expediente No. 07-106011

Frente a este punto, los apoderados en sus opiniones señalaron que *“Aún cuando no le asiste razón al Despacho en cuanto que los números de las pólizas son consecutivos, al (sic) circunstancia de haber solicitado las pólizas a la misma compañía de seguros es atribuible al Agente Riversecur Ltda., a quien no solo los CONSORCIOS ORIENTE Y*

³⁰ Los pliegos exigían que las pólizas tuvieran una vigencia de 90 días calendario, contada a partir de la fecha indicada para la entrega de las propuestas, expedida por una entidad bancaria colombiana o por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

VIAL COLOMBIANO acudieron para la consecución de las pólizas, sino también otros proponentes para la misma licitación (...)"

Además de lo ya afirmado sobre la interpretación integral de los elementos probatorios citados, se sigue confirmando con la adquisición de las pólizas que los investigados actuaron de la mano en la consecución de los documentos y requisitos previstos en el pliego de condiciones. Independientemente de la numeración de las pólizas, es innegable que ambos consorcios, gestionaron su obtención ante la misma compañía, lo que constituye un indicio de que se actuó de manera conjunta en la elaboración de las propuestas. Solo bajo una posición de extrema ingenuidad, es creíble que a pesar de compartir la preparación de los aspectos formales de sus propuestas, no se haya compartido información relacionada con el valor económico de las mismas.


7.4.1.5. Cupo de Crédito

En lo que respecta a los cupos de crédito residuales de los proponentes, el numeral 2.2.1.9 del pliego de condiciones establecía que dicho cupo no podía ser menor al veinte por ciento (20%) del valor del presupuesto estimado, que para el "GRUPO B" correspondía a \$1.889.400.000,00.

Nuevamente, aparecen las similitudes entre los consorcios involucrados en la investigación, quienes aportaron cupos de crédito expedidos en la misma fecha, en la misma sucursal bancaria y por montos idénticos, esto es \$1.900.000.000,00., como se observa a continuación:

CONSORCIO ORIENTE	CONSORCIO VIAL COLOMBIANO
-------------------	---------------------------

298



Bogotá, D.C., 19 de Julio de 2007

BANCO DE OCCIDENTE
Oficina Chilo


CERTIFICA

Que el señor HORACIO VEGA, identificado con cédula de ciudadanía No.91.209.970 tiene con nuestra entidad, sucursal Chilo un cupo de endeudamiento aprobado por valor de Mil Novecientos Milones de Pesos moneda Corriente (\$1.900.000.000,00)

Este Cupo no esta sujeto a aprobaciones posteriores y podrá ser desembolsado, previa solicitud del cliente.


Dirigimos esta constancia FONADE, hoy 19 de Julio de 2007 en la ciudad de Bogotá, D.C.

Contablemente,



MARDA CRISTINA LOPEZ
Gerente Oficina Chilo

57



BANCO DE OCCIDENTE
Oficina Chilo

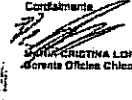
CERTIFICA

Que los señores CONSTRUCTORA MP LTDA, identificadas con NIT No. 830.011.625-1 tiene con nuestra entidad, sucursal Chilo un cupo de endeudamiento aprobado por valor de Mil Novecientos Milones de Pesos moneda Corriente (\$1.900.000.000,00)

Este Cupo no esta sujeto a aprobaciones posteriores y podrá ser desembolsado, previa solicitud del cliente.

Dirigimos esta constancia a los señores FONADE, hoy 19 de Julio de 2007 en la ciudad de Bogotá, D.C.

Contablemente,



MARDA CRISTINA LOPEZ
Gerente Oficina Chilo

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

Fuente: Documentos obrantes en los folios 51 y 298 del Cuaderno No.1, del expediente No. 07-106011

De acuerdo con las opiniones al Informe Motivado, presentadas por los apoderados:

"Dicha circunstancia se deriva de la relación comercial que los dos proponentes por intermedio de quienes integran los consorcios, tienen con el mismo Banco. Ello tampoco determina la existencia de un acuerdo colusorio, tan es así, que con las pruebas aportadas en la oportunidad correspondiente dentro de esta investigación, se allegó certificaciones de la entidad Bancaria".

Reinciden los apoderados en el argumento de escindir la prueba referida de todas las demás. En efecto, el hecho de que se presenten cupos de crédito del mismo banco no tiene por qué ser considerado anticompetitivo. No obstante, si además de lo anterior, los dos consorcios presentan el mismo monto de cupo, el cual no es fijado por el pliego de condiciones y en donde curiosamente ambos consorcios coinciden, se genera un hecho indicador que junto a los ya analizados muestran como las investigadas trabajaron de manera conjunta las propuestas y coludieron con el fin de obtener la licitación No. IPG-2027-196076.

7.4.1.6. Relación del Personal Mínimo Requerido

Otro de los puntos previstos en el pliego de condiciones, señalaba que era necesario diligenciar el Formato No. 05 relativo al "Personal Clave" para la ejecución de la obra. La metodología establecida era la de incluir la información necesaria en el respectivo formato. No obstante, al comparar los documentos aportados por los consorcios Vial Colombiano y Oriente, se observa lo siguiente:

CONSORCIO ORIENTE								CONSORCIO VIAL COLOMBIANO							
<small>INFORMACIÓN FINANCIERA Y DE REPRESENTACIÓN DE LAS UNIDADES DEL PROGRAMA DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO REGIONAL PLAN 2007 - GRUPO A PUERTO LÓPEZ PUERTO BARRÍA GRUPO B - TUNJATE DE OCHO SIN JUEZ DE OFICIO (FOLIOS 415-448 Y 450-482) TURBO (FOLIOS 413-414 A 428-472)</small>															
RELACION PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA EL INICIO DE LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS IPG 2027 - 196076								RELACION PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA EL INICIO DE LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS IPG 2027 - 196076							
FORMATO 05 - RELACION PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS															
PROponente: CONSORCIO VIAL COLOMBIANO															
NOMBRE	PROFESIÓN	ASIGNADO AL CARGO DE:	AÑOS DE EXPERIENCIA GENERAL	AÑOS DE EXPERIENCIA ESPECÍFICA	CARGOS PRECEDENTES	CATEGORÍA TABULETA PROFESIONAL	TIEMPO DE DEDICACIÓN AL PROYECTO	NOMBRE	PROFESIÓN	ASIGNADO AL CARGO DE:	AÑOS DE EXPERIENCIA GENERAL	AÑOS DE EXPERIENCIA ESPECÍFICA	CARGOS PRECEDENTES	CATEGORÍA TABULETA PROFESIONAL	TIEMPO DE DEDICACIÓN AL PROYECTO
CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ CALDERIN	ING. CIVIL	DIRECTOR DE OBRA	13	8	DIRECTOR DE OBRA	2520252749 CNO	50%	Jaime Alberto Marin Morales	Ing. Civil	Director de Obra	28	15	Director de Obra	25202-01058 CNO	50%
LEONARDO GONZALEZ RABO	ING. CIVIL	RESIDENTE DE OBRA	10	6	RESIDENTE DE OBRA	2920274850 CNO	100%	Jafo Marquez Nolas	Ing. Civil	Residente de Obra	28	15	Residente de Obra	54202-00541 NTS	100%
MARIA ISABEL RUIZ ARICO	ING. CIVIL	RESIDENTE AMBIENTAL	7.58	3	RESIDENTE AMBIENTAL	8200276133 CNO	100%	Luis Ernesto Lozano	Ing. Civil	Residente Ambiental	20	8	Residente Ambiental	25202-14113 CNO	100%
MARTHA LUCIA BACCA ROMERO	TRABAJADORA SOCIAL	RESIDENTE SOCIAL	7.75	5	RESIDENTE SOCIAL	03729-2003	100%	Maria Lucia Escobar	Trabajadora Social	Residente Social	7.75	5	Residente Social	03728-2003	100%

HORACIO VILGIBERTO
REPRESENTANTE LEGAL
CONSORCIO ORIENTE

JAIRO LEONARDO MARTIN MORALES
REPRESENTANTE LEGAL
CONSORCIO VIAL COLOMBIANO

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Fuente: Documentos obrantes en los folios 166 y 431 de los Cuadernos No. 1 y 2, respectivamente, del expediente No. 07-106011

El hallazgo de la Delegatura se transcribe a continuación:

“(...) tanto el CONSORCIO ORIENTE como el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO presentaron dentro de su “personal clave” a la trabajadora social MARTHA LUCIA BACCA ROMERO y que adicionalmente el formato que fue presentado y suscrito por HORACIO VEGA CARDENAS por parte del CONSORCIO ORIENTE se encontraba a nombre del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO (...).”

Los apoderados de las investigadas sostienen su defensa, basada en las coincidencias, de la siguiente manera:

“La señora Martha Lucía Bacca Romero para esa época prestaba sus servicios como trabajadora social del CONSORCIO VIAL DE COLOMBIA integrado por CONSTRUCTORA M.P. S.A y la persona natural HORACIO VEGA CARDENAS, razón por la cual, coincidentalmente (sic) fue relacionada en las dos propuestas, asó lo conoció FONADE sin reparo o cuestionamiento alguno y la Ley no lo prohíbe.”

De lo hasta ahora observado, es dable concluir que a los consorcios Vial Colombiano y Oriente, tan sólo les faltó presentarse como uno sólo en la licitación, ya que como está más que demostrado, realizaron todas las gestiones, recolección de información y hasta escogencia de personal de manera unificada. Esto a pesar de ser normal para los investigados y sus apoderados, constituye como ya se dijo, una situación reprochable a la luz del Régimen de Protección de la Competencia. Se comparte plenamente lo señalado por la Delegatura en su Informe, cuando afirma:

“En conclusión, las reglas de la experiencia indican que quien tiene ánimo competitivo y la intención real de salir favorecido en un proceso de contratación, no comparte información que puede ser vital para su escogencia. Por esa razón, cuesta pensar que si los consorcios VIAL COLOMBIANO y ORIENTE decidieron presentarse por separado a la convocatoria de FONADE, hubieran designado a la misma persona para que fuera la trabajadora social en ambas propuestas, por lo que el formato No. 05 en mención es prueba de la elaboración de las propuestas en conjunto.”

Se justifica el hecho de la aparición de la señora Bacca en ambos formatos, con la afirmación de se trataba de una funcionaria de un consorcio compuesto por Constructora M.P. S.A. y la persona natural Horacio Vega. Se cuestiona entonces esta Entidad, si el grado de afinidad y camaradería entre los investigados era tan alto, que impedía un intercambio efectivo de información frente al monto de las propuestas o la estructuración de una estrategia conjunta para la adjudicación del contrato.

Encuentra sus límites con lo desconcertante que además se intente justificar que el formato de uno de los consorcios tenga el nombre de su competidor en la licitación.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

como lo hace el señor HORACIO VEGA GARDENAS en su declaración de parte del 3 de febrero de 2011 en los siguientes términos:

"[...] Pregunta: *Sabe usted porque en el formato número 05 que fue suscrito por usted aparece presentado a nombre del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO y no CONSORCIO DE ORIENTE?*

Respondió: *Ahí sí parece que, yo hago la licitación, y una señora asistente parece que ella se apoyó en la otra y le mando el formato y no le cambio.*

Pregunta: *Podría explicarme como su asistente se podía apoyar en unos documentos de una propuesta de otro consorcio que estaba también presentándose?*

Respondió: *Como íbamos a presentar la misma trabajadora social, la misma trabajadora debió mandarle el formato, como ella tiene que tener disponibilidad de trabajadora social también y firma esa disponibilidad, debió haber mandado eso.*

La transparencia es uno de los principios que debe primar en la contratación estatal y está constituido por el acatamiento, entre otras, de las normas aplicables a la competencia que debe existir en la consecución de contratos, como lo es el Régimen de Protección de la Competencia. Así, a pesar de ser considerado como algo común el comportamiento de las investigadas en el presente caso, no es dable aceptar que empresas consorcios o personas naturales que buscan ser adjudicatarios de obras públicas, trabajen en grupo para lograr su objetivo. No puede olvidarse además que se trata de los recursos del Estado sobre los cuales debe haber un respeto absoluto, el cual en el presente caso no se visualiza.

7.4.1.7. *Presentación y cálculo del A.I.U.*

El pliego de condiciones establecía en su sección 2.3. los requisitos para la propuesta económica, en donde se establecía como costos indirectos de ejecución los gastos administrativos, los imprevistos y la utilidad (A.I.U.)³¹. Específicamente frente a este punto, según el pliego "[...] FONADE aceptará el valor propuesto del A.I.U., bajo el entendido que el proponente es el responsable de la elaboración de la propuesta económica.[...]".

Luego de analizar las propuestas económicas presentadas, se encontró que los porcentajes propuestos por los Consorcios Oriente y Vial Colombiano eran exactamente

³¹ FONADE exigió a los proponentes de la licitación bajo estudio estimar el porcentaje y valor correspondiente a estos ítems, al respecto, el pliego de condiciones, en su numeral 2.3.2., estableció: "[...] El proponente deberá realizar su ejercicio de cálculo del A.I.U., considerando los costos de personal profesional, técnico, de administración y vigilancia; incrementos salariales, los costos para el sistema de seguridad industrial, manejo ambiental y aseguramiento de calidad; servicios públicos; [...] y todos los demás costos, gastos, impuestos y contribuciones que sean necesarios para el cabal cumplimiento del objeto contractual. Así mismo deberá estimar el porcentaje correspondiente a los imprevistos y la utilidad. [...]".

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

iguales: 23% para administración, 2% para imprevistos y 5% de utilidad, mientras que los presentados por Conconcreto fueron 32,9%, 1% y 4%, respectivamente.

El argumento de defensa de los apoderados con referencia a lo anterior, se transcribe a continuación:

“Dada la experiencia común por la relación consorcial anterior a esta licitación por parte de los integrantes de los consorcios CIAL COLOMBIANO y ORIENTE, no debe ser motivo de cuestionamiento el hecho de que hayan coincidido los dos proponentes en cuanto al valor de los costos indirectos, entendiendo que el A.I.U. determina solo los valores por concepto de Administración, Imprevisto y Utilidad, luego no los costos directos que sí están sujetos o se determinan en función de las cotizaciones, como lo anota ese Despacho en sus observaciones.”

Contrario a los argumentos de los apoderados, para este Despacho constituye una situación bastante llamativa el hecho que dos competidores dentro de un mismo proceso licitatorio coincidan en el porcentaje de costos propuesto en sus ofertas. A pesar de la normalidad que se pretende imprimir al respecto, no existió dentro del pliego de condiciones una referencia directa o indirecta que generara un entendimiento común a los participantes y como es incluso reconocido por parte de los investigados, la justificación para esta nueva coincidencia es la relación emanada de una licitación anterior entre los miembros de miembros de los consorcios.

Por lo tanto, no se extiende esta Entidad en buscar explicaciones econométricas o matemáticas a la conducta en cuestión, cuando la respuesta es netamente cualitativa: se trata de antiguos compañeros de consorcio elaborando conjuntamente sus propuestas como “competidores” en una nueva licitación.

Ahora bien, se alega que los costos A.I.U. no son los costos directos que sí determinan el valor de la cotización y se insinúa que compartirlos es inofensivo. Se equivocan nuevamente los apoderados en la interpretación de la prueba, con la que se logran establecer hechos que indican la constante y cooperativa relación entre aparentes competidores dentro de un proceso licitatorio y no se pretende demostrar que la coincidencia en los anotados porcentajes es la prueba directa de la colusión.

Es burda la forma como las propuestas presentadas por los consorcios Oriente y Vial Colombiano se asemejan, no dejando a este Despacho otra conclusión que la de no sólo una fijación concertada de las mismas sino su elaboración conjunta. Se alega en los escritos presentados que FONADE en su escrito de comentarios al proceso licitatorio, no consideró que las coincidencias constituyeran un motivo de preocupación; sin embargo, desconocen los abogados que es la Superintendencia de Industria y Comercio la autoridad única en materia de protección a la libre competencia y que fue precisamente en razón a esto, que FONADE dio traslado a esta Entidad del caso, con el fin de que fuera investigado a fondo.

Así pues, las pruebas arriba citadas permiten establecer, a través de un proceso de deducción y de la aplicación de las reglas de la experiencia, que los consorcios investigados realizaron una concertación que culminó con la adjudicación de un

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

contrato estatal para uno de ellos, la cual constituye una infracción al Régimen de Protección de la Competencia.

No obstante, esta Superintendencia considera relevante evaluar además, el dictamen pericial que obra dentro del expediente, el cual es citado por los apoderados en sus escritos de opiniones al Informe Motivado y que según ellos desvanece cualquier posibilidad de colusión en el caso concreto. Vale reiterar que con las pruebas de carácter cualitativo ya analizadas, es suficiente para determinar la existencia de una conducta sancionable y que el siguiente ejercicio tiene como fin la confirmación de la tesis sostenida por la Delegatura y apoyada por este Despacho.

7.4.2. Frente a la prueba pericial y al análisis de los mecanismos de adjudicación

De conformidad con la Resolución No. 64061 del 22 de noviembre de 2010, fue decretada la práctica de un dictamen pericial, cuyo objeto se concentró en los dos siguientes puntos:

- a. Determinar si la firma Conconcreto hubiese variado el porcentaje de su propuesta entre el 90% y el 92.7% del presupuesto oficial, el resultado hubiese sido a su favor con los procedimientos de la Media Geométrica, Media Aritmética y Media Aritmética Alta.
- b. Expresar las probabilidades que tenía Conconcreto de salir ganadora en el escenario real del proceso licitatorio, manteniendo fijos los presupuestos presentados por el Consorcio Vial Colombiano y el Consorcio Oriente.

Para este efecto, tal como fue descrito en el Informe Motivado, se designó como perito al señor JAIME ENRIQUE VALERA NAVARRO, quien aceptó su nombramiento y tomó posesión del cargo el día 9 de noviembre de 2010 y remitió los resultados del dictamen solicitado el 22 de diciembre del mismo año. Una vez analizados los datos, el perito concluyó que sin importar cuál hubiese sido el mecanismo de selección elegido entre los tres citados en el literal a, el Consorcio Vial Colombiano hubiese sido ganador, por ser su propuesta la más cercana inferiormente a cada uno de los respectivos promedios.

A su vez, en el dictamen señalado fueron propuestos 101 escenarios de ofertas de Conconcreto manteniendo los demás licitantes con las propuestas en los valores efectivamente observados. A partir de este ejercicio, el perito concluyó que los tres proponentes podrían haber resultado ganadores en las tres alternativas de valoración de las propuestas, dependiendo de la oferta que hubiera elegido Conconcreto.

En relación con la segunda pregunta que motivó el desarrollo del peritaje, el dictamen concluyó que la participación en una licitación y el hecho de resultar ganador no constituyen fenómenos a los que se pueda atribuir una probabilidad, y en ese sentido no proporciona un cálculo de la probabilidad que tenía Conconcreto de salir ganador o adjudicatario de la licitación.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Como conclusión general de la evaluación realizada, fue reconocido en el Informe Motivado la afirmación del perito, según la cual, la supuesta estrategia de colusión queda imposible de probar sólo con la información de las propuestas económicas que presentaron los participantes de la licitación en cuestión, y agrega que “[...] para comprobar la posible colusión, tendrán que utilizarse otros procedimientos diferentes a estos supuestos cálculos probabilísticos [...] sobre estos procedimientos diferentes no se puede pronunciar en este concepto pericial, ni tampoco se tienen los conocimientos para hacerlo”.

Frente a las conclusiones expresadas en el dictamen pericial, los apoderados manifiestan su total respaldo y consideran que el análisis de simulación que realizó esta Superintendencia fue anti - técnico. Específicamente, se señaló en los documentos presentados lo siguiente:

“Ante la contundencia del dictamen pericial que responsablemente y con sustento técnico determinó que con los datos aportados cualquiera de los proponentes podría resultar ganador, como en efecto sucedió con el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO que irrefutablemente presentó la propuesta económica que más se acercó a la fórmula mediante el sorteo según las reglas establecidas por el contratante”.

No duda este Despacho de las condiciones técnicas y las calidades del perito seleccionado durante el trámite; sin embargo, sí considera que las conclusiones a las que llegó no son absolutas y permiten contra argumentación econométrica. Es decir, como se verá a continuación, es posible estructurar un modelo cuyos resultados permiten establecer que la conducta colusoria de los investigados puede tener un respaldo o complementación matemática que les permitió asegurar la adjudicación del contrato, teniendo como origen una conducta colusoria. Veamos:

Observadas y reconocidas las conclusiones que fueron propuestas por el dictamen pericial, el Despacho procedió a preguntarse si era factible construir un modelo de comportamiento de los agentes en la licitación en el cual que permitiera separarse de la recomendación del perito acerca de la imposibilidad de aproximarse a medir la probabilidad de que Concreto hubiese salido ganador de la licitación.

El ejercicio que se realiza a continuación, busca establecer si es posible concebir un modelo que bajo una serie de supuestos lo suficientemente sustentados con la información que reposa en el expediente, permita llegar a una explicación matemática que desvirtúe la posición planteada por el perito dentro del caso. En particular, se propondrán los siguientes supuestos:

En primer lugar, se asumirá que el Consorcio Oriente (en adelante CO) va a proponer la oferta más baja posible de acuerdo con las condiciones previstas en el pliego de la licitación, esto es, el 90% del presupuesto total o \$8.502.300.000³².

³² Este supuesto es completamente razonable, si se tiene en cuenta que CO en la realidad hizo una oferta \$2 por encima de ese valor. Véase documento obrante a folios 2391-2410 del Cuaderno No. 8, donde se muestra que CO propuso un precio de \$8.502.300.002 frente a un límite inferior del

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

En segundo lugar, se asumirá que dentro del comportamiento colusorio señalado, el Consorcio Vial Colombiano (en adelante CVC) buscará una propuesta que le permita quedarse con la licitación.

De esta forma, CVC y CO actuando coordinadamente, si bien desconocen cuál va a ser la propuesta de Concreto (en adelante CC), pueden conjeturar acerca de la propuesta que el mismo vaya a presentar. Lo anterior resulta ser un supuesto consistente si se tiene en cuenta que, como se reconoció en las pruebas testimoniales, las partes podían inferir el comportamiento de los competidores teniendo en cuenta experiencias pasadas de otras licitaciones en las que hayan coincidido. En efecto, la señora DALIA INÉS BARROS SERRANO, ingeniera de planta encargada de la elaboración de las propuestas a presentar en las licitaciones de CONSTRUCTORA M.P. S.A., empresa integrante del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO, en testimonio del 20 de agosto de 2009, explicó lo siguiente:

"(...) Pregunta: De acuerdo con su experiencia en la presentación de ofertas en procesos licitatorios ¿Podría indicarnos si es posible que los proponentes en las licitaciones públicas, conozcan anticipadamente los mecanismos de selección o el comportamiento histórico de los demás proponentes?"

Respondió: Uno puede obtener de procesos anteriores en distintas entidades los rangos de precios o los precios en los que se han presentado otros proponentes entonces de esa manera se pueden conocer estadísticas históricas de presentación de ofertas (...)³³.

Bajo esta colección de supuestos, sería posible prever las mejores ofertas de CVC, esto es aquellas que le otorguen la victoria en la licitación, ante cada una de las posibles respuestas de CC. Así, bajo cada criterio, CVC propondrá una oferta, en adelante p_2 , sabiendo que CO propondrá siempre el precio mínimo m y en función de la posible oferta que pueda realizar CC, que en adelante se denotará por p_3 :

- Mejor respuesta ante media aritmética:

$$p_2 = \frac{m + p_2 + p_3}{3}; p_2 = \frac{m + p_3}{2}$$

- Mejor respuesta ante media geométrica:

$$p_2 = (m \cdot p_2 \cdot p_3)^{\frac{1}{3}}; p_2 = (m \cdot p_3)^{\frac{1}{2}}$$

- Mejor respuesta ante media alta:

$$p_2 = \frac{\frac{m+p_2+p_3}{3} + p_3}{2}; p_2 = \frac{m + 4p_3}{5}$$

- Mejor respuesta ante media baja:

presupuesto total en el pliego de \$8.502.300.000.

³³ Documento obrante en el Cuaderno No. 3, folios 815 - 821.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

$$p_2 = \frac{\frac{m+p_2+p_3}{3} + m}{2}; p_2 = \frac{4m + p_3}{5}$$

- Mejor respuesta ante precio mínimo³⁴:

$$p_2 = m$$

Nótese que bajo todos los criterios posibles salvo en el del precio mínimo, si m y p_3 son iguales (es decir, si CC también propone el precio mínimo), CVC también tendría que proponer el precio mínimo m . Esto es así porque en todos los criterios, si CVC quiere ganar la licitación, su propuesta no puede ser mayor que el precio de CC.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que cada uno de los 5 criterios de evaluación de las propuestas tienen la misma probabilidad de ser elegido, esto es que su probabilidad de ocurrencia es de $1/5$. Así, CVC en este escenario aleatorio podría elegir su estrategia de forma tal que su elección maximice la probabilidad de éxito en la licitación. Así, se caracterizará el precio propuesto por CVC de la siguiente manera:

$$p_2 = \frac{1}{5} \frac{m + p_3}{2} + \frac{1}{5} (m \cdot p_3)^{\frac{1}{2}} + \frac{1}{5} \frac{m + 4p_3}{5} + \frac{1}{5} \frac{4m + p_3}{5} + \frac{1}{5} m;$$

$$p_2^* = \frac{(m \cdot p_3)^{\frac{1}{2}}}{5} + \frac{5m + 3p_3}{10}$$

De esta forma, bajo los supuestos arriba previstos, es posible establecer la mejor respuesta de CVC ante cada uno de los posibles valores que CC propondría, que permita definir su respuesta óptima como el valor esperado de las mejores respuestas posibles ante cada uno de los 5 escenarios de elección.

De acuerdo con el modelo anteriormente propuesto, y considerando que CC realizó una oferta de \$9.251.448.900, CVC debió haber presentado una propuesta de \$8.800.378.277, lo cual constituye un pronóstico \$31.545.540 por encima de la propuesta que efectivamente se observó en la licitación. En términos relativos, este desfase equivale a tan sólo un 0,36%³⁵, lo que demuestra la robustez de este modelo para explicar la conducta de CO y CVC partiendo de expectativas bastante certeras de la propuesta que iba a hacer CC.

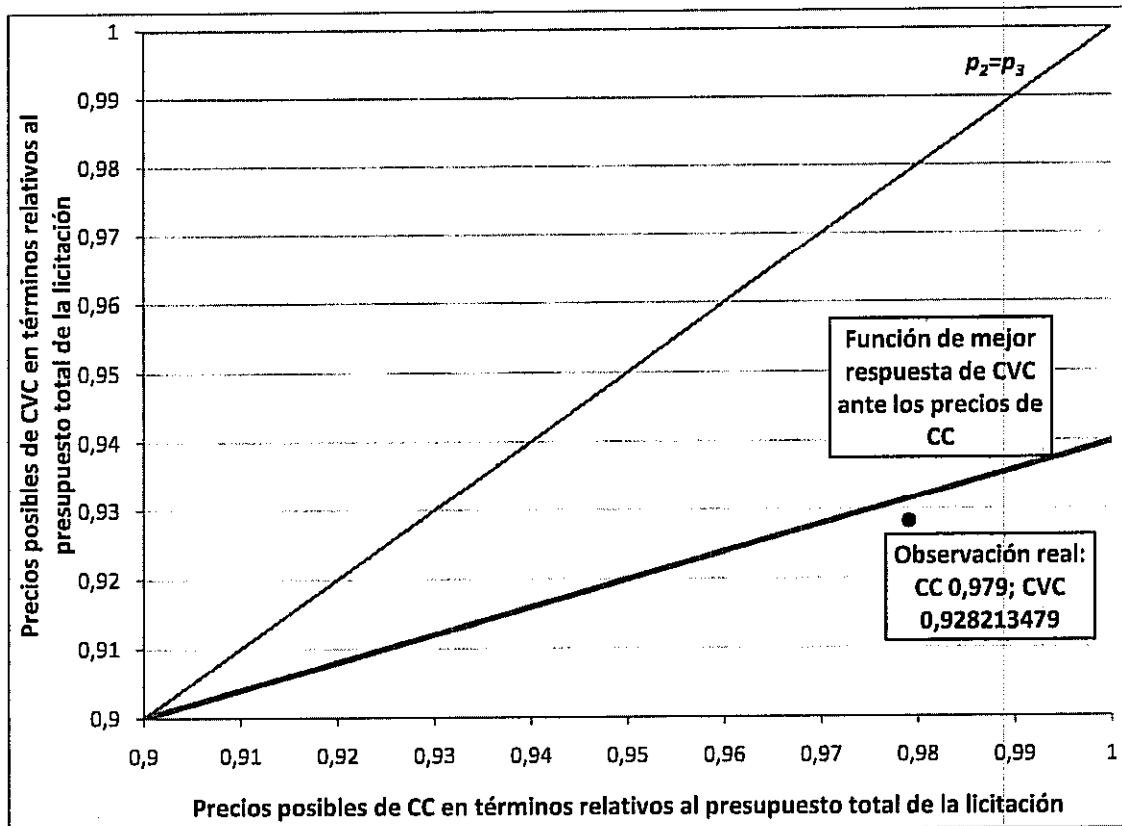
A partir de lo anterior, es posible establecer gráficamente la estrategia de CVC a cada posible oferta de CC de la siguiente forma:

³⁴ En adelante este Despacho supondrá que en el caso que el criterio de precio mínimo sea el mecanismo de valoración de ofertas, CVC propondría como mejor respuesta el mismo precio que CO, esto es el precio mínimo m . No obstante, en cualquier caso es cierto que se puede argüir que el precio propuesto por CVC no es importante bajo este escenario, ya que sin importar cuál sea su oferta CO (y por ende, el ente coludido) ganaría la licitación. Dicho esto, p_2 podría tomar cualquier valor comprendido entre m y el precio máximo admitido en la licitación.

³⁵ Este porcentaje está expresado en términos absolutos. Si lo expresáramos en relación al margen de precios admisibles en la licitación (como se realiza más abajo), este margen sería de 3,34%.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011



Como se puede observar, la distancia entre el punto que representa la observación real y la línea de la función de mejor respuesta de CVC es en términos relativos al valor de las ofertas no significativa, con lo que efectivamente muestra este Despacho que es posible construir un mecanismo que bajo colusión efectivamente permita llegar a resultados que se ajustan de forma muy aproximada a los efectivamente observados.

Para ratificar la conclusión anterior, este Despacho procede a analizar, de acuerdo al modelo, cuál hubiera sido la mejor respuesta de CVC, reconociendo la propuesta efectivamente observada, y quién hubiera sido en esas circunstancias el ganador. La siguiente tabla ilustra los resultados.

	Media aritmética	Media geométrica	Media alta	Media baja	Precio mínimo
Resultado fórmula, en \$	8.814.311.9 51	8.810.035.2 24	8.993.057.5 34	8.658.305.9 76	8.502.300.0 00
Ganador	CVC	CVC	CVC	CO	CO

Las predicciones realizadas por el modelo acerca del comportamiento de CVC mostrarían que, bajo la hipótesis de previsión perfecta, sería posible idear una estrategia que permitiese al ente coludido ganar la licitación. En otras palabras, de acuerdo al modelo, CC no tenía ninguna probabilidad de ganar la licitación una vez que CVC y CO, actuando de forma acordada, formaran unas expectativas suficientemente certeras sobre cuál iba a ser su propuesta.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

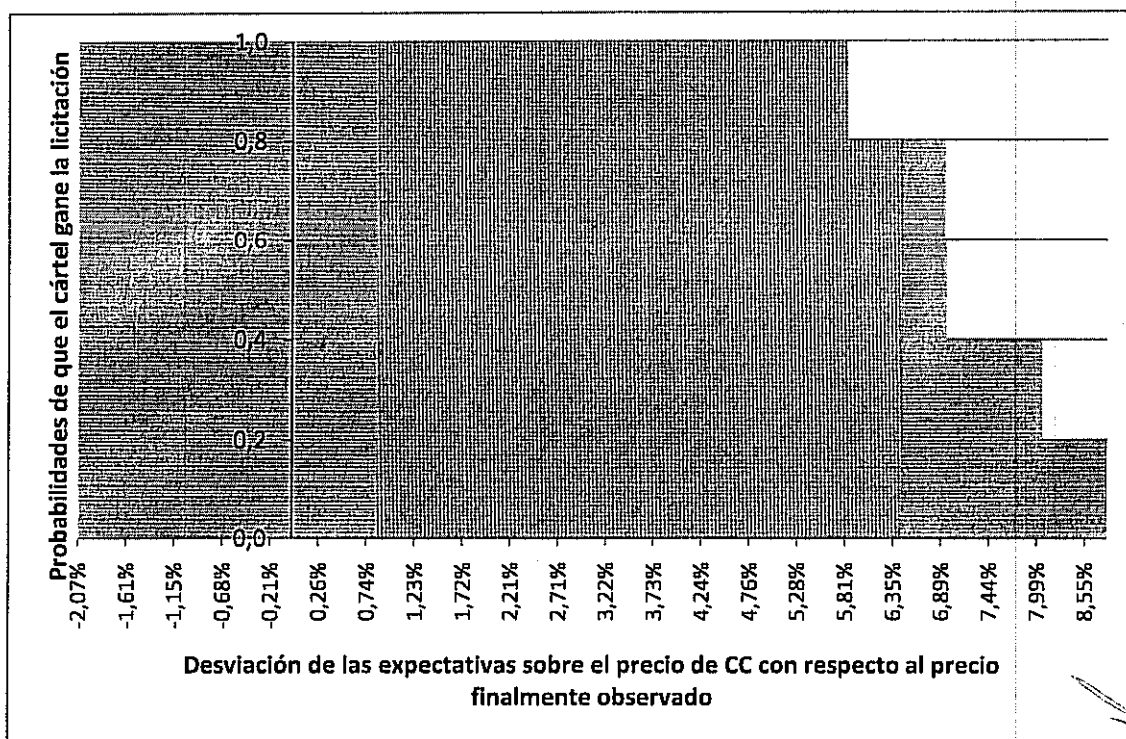
Para debilitar la hipótesis de previsión perfecta, este Despacho procede ahora a analizar qué habría pasado si las expectativas sobre el precio de CC hubiesen contenido algún margen de error, de tal manera que la oferta efectivamente observada no hubiese sido exactamente la esperada por el cartel. Podemos definir el sesgo del precio de CC esperado por el cartel con respecto al precio finalmente observado de la siguiente forma:

$$E(p_3) = p_3(1 + \delta)$$

En la anterior expresión δ representa esa desviación en términos porcentuales, $E(p_3)$ representa la expectativa del precio de CC que forma el ente coludido y p_3 representa el precio de CC finalmente observado. Un valor de δ menor que cero refleja una subestimación del valor finalmente observado, y viceversa.

De esta manera, manteniendo invariante los niveles de CVC y CO en el modelo, se realiza un ejercicio de variación del precio de CC sobre el rango de precios admisibles en la licitación, en la forma en que sugiere el Dictamen Pericial más arriba referenciado, y así determinar para qué valores de δ el cartel tendría una probabilidad menor a 1 de ganar la licitación.

Lo anterior, en aras de determinar qué tan grande podría ser el error admisible con relación a la oferta de CC finalmente observada, sin que se afecte sensiblemente la probabilidad de ganar la licitación. La siguiente gráfica muestra los efectos en las probabilidades de éxito del cartel por cada sesgo porcentual sobre cada precio posible en la realidad:



“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Como se ilustra en el gráfico, el rango de esta gráfica ha sido definido desde -2,07% hasta 8,81%, ya que esos valores corresponden a los máximos niveles de error aplicables para que las propuestas se encuentren dentro del rango propuesto en los pliegos de la licitación tomando como referencia precio esperado de CC.

De lo anterior se concluye que si el error de pronóstico del ente coludido apunta a subestimar la oferta efectiva de CC, la probabilidad de ser el adjudicatario en la licitación se mantiene en 1. Esto es así porque, en ese caso, el cartel está actuando de manera conservadora frente al riesgo y está diseñando una propuesta de CVC muy baja en respuesta a esas expectativas formadas del precio de CC en la licitación.

No obstante, en un escenario en el que el error de pronóstico genere una sobrestimación de la oferta a realizar por CC, la probabilidad de que el cartel gane la licitación sí se ve afectada, toda vez que en este escenario, si CVC supera un margen de error de 5,84% y el método de selección de media alta ganara la lotería, el cartel ya no ganaría la licitación. Por tanto, las probabilidades de éxito del cartel bajan a 0,8 (sólo ganaría en 4 de los 5 escenarios posibles). Estas probabilidades se verían mermadas otra vez hasta 0,6 si el margen de error alcanza a ser de 6,94%, ya que CC solo ganaría la licitación si los métodos de media alta o media aritmética ganaran la lotería.

En línea con lo anterior, si el sesgo sigue creciendo una centésima, las probabilidades bajarían hasta 0,4, ya que CC también ganaría bajo el criterio de media geométrica. Finalmente si el margen de error de la sobre estimación supera el 8,05%, CC ganaría la licitación bajo todos los criterios salvo por el de precio mínimo, con lo que el cartel ganaría la licitación con tan solo una probabilidad de 0,2.

Frente a lo mencionado anteriormente, es importante destacar que errores de sobrestimación superiores al 5,84% pueden parecer muy limitados y una condición muy fuerte para pensar que el cartel pueda ganar la licitación con alto grado de probabilidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta a su vez que los precios están delimitados, de acuerdo a los pliegos de la licitación. Esto hace que ese 5,84% al que se hace alusión en líneas anteriores, sea equivalente a un margen de error cercano al 53,68% en términos relativos al rango de precios. De esta manera, los otros umbrales críticos de reducción de probabilidad de ganar la licitación serán equivalentes a 63,79%, 63,88% y 73,99% respectivamente. Visto de esta manera, el cartel puede permitirse unos márgenes de error con respecto a la oferta esperada de CC extremadamente amplios.

En conclusión, se ha demostrado que, aun incorporando errores de pronóstico por parte del ente coludido, es posible modelar un mecanismo bajo supuestos plausibles en los que se demuestra que no solamente es posible explicar los datos efectivamente observados a la luz de un acuerdo, sino que sólo bajo márgenes de error significativamente importantes dichos actores verían afectada la posibilidad de actuar exitosamente en favor de quedarse con la licitación.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Por lo anterior, el Despacho prefiere señalar como referencia los límites y los alcances del peritaje realizado y apartarse de la línea argumental sustentada en dicho estudio, para adoptar como un soporte robusto y construido bajo supuestos sustentables con el expediente al modelo económico acá descrito como parte de los elementos que permiten reprochar la conducta investigada.

Por último, en lo que se refiera al peritazgo, los apoderados también alegan que habiendo sido resuelto el interés particular de Concreto en el presente caso a través de un acuerdo conciliatorio, es irrelevante analizar las posibilidades del quejoso de ser adjudicatario en el proceso licitatorio. Al respecto, debe recordarse que las normas sobre protección de la competencia buscan salvaguardar el interés general del mercado y así se concilien intereses particulares en el trámite realizado, es obligación de esta Entidad continuar con la investigación si considera que el bien público fue afectado o amenazado en alguna forma.

7.4. Responsabilidad de las personas naturales involucradas en la infracción

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece que están sujetas a las sanciones allí contempladas “(...) cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, (...)”. (Subrayado fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009, prevé como una de las funciones a cargo del Superintendente de Industria y Comercio la de: “Imponer las multas que procedan de acuerdo con la ley, contra a administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere la conductas violatorias sobre protección de la competencia.” (Subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, se evaluará la situación de las personas naturales involucradas en la presente investigación, ya sea en su calidad de representantes legales de las empresas infractoras o como ejecutores directos de la conducta endilgada.

7.4.1. Jaime Alberto Marín Morales

Para este Despacho, el señor JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, Representante legal de CONSTRUCTORA M.P. S.A., M.L. INGENIEROS S.A. y CONSORCIO VIAL COLOMBIANO participó, toleró y ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto a las empresas y consorcio que representa. En efecto, el mencionado representante legal reconoció dentro del trámite no sólo conoció la situación investigada, sino su participación directa en la misma³⁶.

³⁶ Testimonio del 27 de mayo de 2008 y en declaración de parte del día 3 de febrero de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

Frente a las similitudes en las propuestas, el señor Marín se manifestó en los siguientes términos:

"(...) Pregunta: Conoce usted las similitudes que existen entre las propuestas presentadas por el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO y el CONSORCIO DE ORIENTE?

Respuesta: Las similitudes pueden presentarse porque son unos mismos cuadros, los mismos programas que piden todas las entidades, a los cuales nosotros ya estamos familiarizados (...)³⁷.

Por su parte, frente a la elaboración de las propuestas señaló:

"(...) Pregunta: Explíqueme al Despacho por qué la información que aparece consignada en el Formato No. 05 presentada por el CONSORCIO ORIENTE y firmada por el señor HORACIO VEGA aparece presentada a nombre del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO?

Respuesta: Yo no armaba las propuestas, eso la armaba mi ingeniera era la que arma la propuesta y si aparece algo de eso sería parte de la información que le pedirían de la oficina del personal que teníamos en el VIAS DEL META que era una obra en común (...)³⁸.

Asimismo, de las declaraciones del señor Marín también fue posible establecer que Él como representante legal del Consorcio Vial Colombiano, era quien aprobaba y suscribía los documentos que deben ser presentados ante FONADE. Además, es claro en el presente trámite que el mencionado representante legal conocía a los señores HORACIO VEGA CARDENAS y JORGE DÍAZ MURCIA, debido a su participación conjunta en consorcios anteriores.

Para este Despacho debe recaer sobre el señor JAIME ALBERTO MARÍN MORALES la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

7.4.2. Horacio Vega Cárdenas

En lo que se refiere al señor HORACIO VEGA CARDENAS, Representante legal del CONSORCIO ORIENTE, considera esta Entidad que participó, toleró y ejecutó las conductas anticompetitivas endilgadas al consorcio que representa. Efectivamente, dentro de su testimonio y declaración de parte³⁹ el mencionado representante legal señaló:

"(...) Pregunta: Qué persona o personas elaboraron la propuesta económica de su compañía?

³⁷ Documento obrante en el Cuaderno No. 8, folio 2428.

³⁸ Documento obrante en el Cuaderno No. 8, folio 2428.

³⁹ Diligencias realizada el 27 de marzo de 2008 y 3 de febrero de 2011.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Respuesta: *La elaboré yo con un ingeniero que tenía para eso. Javier Eduardo Vega, un sobrino que también es ingeniero civil (...)*⁴⁰.

Frente a las similitudes en las propuestas, el señor Vega manifestó:

*“(...) **Pregunta:** Podría explicar usted o tiene conocimiento de por qué existieron estas similitudes entre estas dos propuestas? la del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO y la del CONSORCIO DE ORIENTE?”*

Respondió: *Lo que pasa es que las similitudes que él alegaba eran cosas de forma, de formatos y esos formatos los exigía FONADE, que deben ser idénticos, el programa de trabajo tenía que seguir las mismas conformaciones, carta de presentación, en todas las licitaciones las entidades exigen unos formatos ya preestablecidos (...)*⁴¹.

Además, cuando se indagó sobre el presentar la inclusión del nombre de un competidor en un formato del consorcio al que representaba, afirmó:

*“(...) **Pregunta:** Sabe usted por qué en el formato número 05 que fue suscrito por usted aparece presentado a nombre del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO y no CONSORCIO DE ORIENTE?”*

Respondió: Ahí sí parece que, yo hago la licitación, y una señora asistente parece que ella se apoyó en la otra y le mando el formato y no le cambio.

Pregunta: *Podría explicarme cómo su asistente se podía apoyar en unos documentos de una propuesta de otro consorcio que estaba también presentándose?*

Respondió: Como íbamos a presentar la misma trabajadora social, la misma trabajadora debió mandarle el formato, como ella tiene que tener disponibilidad de trabajadora social también y firma esa disponibilidad, debió haber mandado eso.

Pregunta: *¿Quién, la trabajadora? o la persona encargada de hacer el proceso de selección en el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO?*

Respondió: *Fue la trabajadora o la ingeniera de licitación de ellos.*

Pregunta: *Es normal que entre los consorcios se envíen los formatos para que sean presentadas las propuestas?*

Respondió: No, no es muy normal, tiene que ser en este caso que se iba a presentar la misma trabajadora para que no hayan divergencias (...)⁴²

⁴⁰ Documento obrante en el Cuaderno No. 2, folios 797-799.

⁴¹ Documento obrante en el Cuaderno No. 8, folio 2430.

⁴² Documento obrante en el Cuaderno No. 8, folio 2430.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

De tal suerte, está demostrado en el expediente la participación directa del señor Vega en las conductas investigadas, toda vez que, existe un reconocimiento por su parte de haber elaborado la propuesta de Consorcio Oriente y reconoció su familiaridad con el señor Jaime Marín Morales. En otras palabras, el señor Vega ejecutó la infracción a la cual se ha hecho referencia en el presente acto administrativo, con lo cual incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁴³.

Además de lo anterior, independientemente de su calidad como representante legal, el señor Vega conformó el Consorcio Oriente, razón más que suficiente para ser sancionado como persona natural ejecutora de la conducta, pero cuya cuantía será establecida de acuerdo con lo señalado en la Resolución de apertura de la investigación, dentro del marco establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

7.4.3. Jaime Díaz Murcia

Desde la averiguación preliminar en el presente trámite, se pudo constatar que el señor Jaime Díaz Murcia conformaba el Consorcio Oriente, siendo dicha calidad suficiente para responder como ejecutor de la conducta investigada⁴⁴. Debe hacerse claridad que en este caso, la sanción emana de la calidad del señor Díaz como integrante del consorcio y no como representante legal del mismo. Por lo tanto, basta con repasar el acervo probatorio ya analizado para respaldar la decisión sancionatoria. No obstante, la cuantía de la sanción será establecida de acuerdo con lo señalado en la Resolución de apertura de la investigación, dentro del marco establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

8. SANCIÓN

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

⁴³ Modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que establece que están sujetas a las sanciones allí contempladas “[...] cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, [...]”.

⁴⁴ Folios 283 a 284 de la Carpeta 1 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación N° 07-106011

En el caso concreto se ha establecido en la presente Resolución que las personas naturales y jurídicas acá investigadas incurrieron en conductas colusivas que no solamente afectaron a aquel proponente que se abstuvo de participar en el acuerdo, sino que configuraron un mecanismo coordinado tendiente a incidir en el valor de la oferta en el proceso de adjudicación de la obra, con las respectivas consecuencias sobre el gasto público, sumado a la importancia relativa que licitaciones públicas como la acá señalada tienen en el desarrollo del país en materia de infraestructura y logros de desarrollo local y regional.

En particular, se ha mostrado como las CONSTRUCTORA M.P. S.A., M.L. INGENIEROS S.A. y el CONSORCIO ORIENTE transgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al haber realizado un acuerdo colusorio en la licitación No. IPG 2027-196076 cuyo efecto fue la adjudicación del contrato indicado en la presente resolución.

Basado en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra la necesidad de imponer a las empresas CONSTRUCTORA M.P. S.A., M.L. INGENIEROS S.A. la multa máxima que el ordenamiento prevé para este tipo de infracciones. Esto es, la suma equivalente a MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000).

En cuanto a las personas naturales responsables de haber autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento anticompetitivo merecedor del reproche, serán impuestas la multa máxima que el ordenamiento prevé para este caso.

Es por ello que se determina que los señores JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, como representante legal de las empresas CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L. INGENIEROS S.A., que a su vez integraron al consorcio infractor CONSORCIO VIAL COLOMBIANO; HORACIO VEGAS CARDENAS y JAIME DIAZ MURCIA, como integrantes del consorcio infractor CONSORCIO ORIENTE, sean sancionados cada uno con una multa equivalente a CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que las empresas CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L. INGENIEROS S.A.; contravinieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a la empresa CONSTRUCTORA M.P. S.A., por la suma de DOS MIL salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 s.m.m.l.v.), equivalente a MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000).

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Constructora M.P. S.A., identificada con NIT: 830011625-1

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria a la empresa M.L. INGENIEROS S.A., por la suma de DOS MIL salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 s.m.m.l.v.), equivalente a MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000).

- M.L. Ingenieros S.A., identificada con el NIT: 900148608-9

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO CUARTO: Declarar que el señor JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, identificado con cédula de ciudadanía No. 5577128 quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO y de las empresas CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L. INGENIEROS S.A., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

ARTÍCULO QUINTO: Imponer una sanción pecuniaria a JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, en su calidad de representante legal del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO y de las empresas CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L. INGENIEROS S.A., para la época de los hechos, por la suma de TRESCIENTOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (300 s.m.m.l.v.), equivalente a CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEXTO: Declarar que el señor HORACIO VEGA CÁRDENAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 91209970 quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal del CONSORCIO ORIENTE, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Imponer una sanción pecuniaria a HORACIO VEGA CÁRDENAS, en su calidad de representante legal del CONSORCIO ORIENTE, para la época de los hechos, por la suma de TRESCIENTOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (300 s.m.m.l.v.), equivalente a CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

ARTÍCULO OCTAVO: Declarar que el señor JORGE DÍAZ MURCIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19189879 como integrante del CONSORCIO ORIENTE, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO NOVENO: Imponer una sanción pecuniaria a JORGE DÍAZ MURCIA, como integrante del CONSORCIO ORIENTE, para la época de los hechos, por la suma de TRESCIENTOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (300 s.m.m.l.v.), equivalente a CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO: Ordenar a las personas naturales y jurídicas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L. INGENIEROS S.A. y los señores JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, HORACIO VEGA CÁRDENAS y JORGE DÍAZ MURCIA informan que:

Mediante Resolución 64400 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L. INGENIEROS S.A. y los señores JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, HORACIO VEGA CÁRDENAS y JORGE DÍAZ MURCIA, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009.”

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Se reconoce personería al doctor LUIS FERNANDO ALVARADO ORTÍZ, como apoderado de CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

INGENIEROS S.A. y del señor JAIME ALBERTO MARÍN MORALES⁴⁵. Asimismo, se reconoce personería al doctor JEFFERSON ANDRÉS TRUJILLO DÍAZ, apoderado de HORACIO VEGA CÁRDENAS y JORGE DÍAZ MURCIA⁴⁶






ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor LUIS FERNANDO ALVARADO ORTÍZ, apoderado de CONSTRUCTORA M.P. S.A. y M.L. INGENIEROS S.A. y del señor JAIME ALBERTO MARÍN MORALES y al doctor JEFFERSON ANDRÉS TRUJILLO DÍAZ, apoderado de HORACIO VEGA CÁRDENAS y JORGE DÍAZ MURCIA, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

16 NOV 2011


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Juan Pablo Herrera 
Germán Bacca 
Miguel de Quinto 
Revisó: Carolina Salazar/Juan Pablo Herrera/Germán Bacca 
Aprobó: Carolina Salazar 

NOTIFICACIONES:

Doctor
LUIS FERNANDO ALVARADO ORTÍZ
T.P. 23.435
Apoderado
CONSTRUCTORA M.P. S.A.
M.L. INGENIEROS S.A.
JAIME ALBERTO MARÍN MORALES
Calle 70 No. 7-60 Oficina 201
Teléfonos: 3452919/2104194
Fax: 3452912
Bogotá

Doctor
JEFFERSON ANDRÉS TRUJILLO DÍAZ
T.P. 168.484

⁴⁵ De conformidad con los poderes aportados y que obran en los folios 2773,2774 y 2775 del cuaderno 9 del expediente.

⁴⁶ Conforme a los poderes aportados y que obran en los 2790 y 2804 del cuaderno 9 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 64400 DE 2011 Hoja N°. 49

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación N° 07-106011

Apoderado
HORACIO VEGA CARDENAS
JORGE DÍAZ MURCIA
Calle 70 No. 7-60 Oficina 201
Teléfonos: 3452919/2104194
Fax: 3452912
Bogotá