



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (5 3 9 1 4) DE 2013
09 SEP 2013

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

"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 artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, y en los numerales 6, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 20894 del 30 de marzo de 2012³ (en adelante "Resolución de Apertura de Investigación"), modificada por la Resolución No. 23230 del 20 de abril de 2012⁴, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación para determinar si HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que la actuación tuvo origen en la queja radicada ante esta Entidad el 18 de julio de 2011⁵, con el número 11-089514-0, mediante la cual JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ, en su calidad de Representante Legal de la empresa VENTAS INSTITUCIONALES S.A.S. (en adelante "VENTAS INSTITUCIONALES"), denunció la existencia de posibles irregularidades en el proceso de selección abreviada SAS-8-2011, adelantado por el INSTITUTO PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD – IDIPRON (en adelante "IDIPRON").

TERCERO: Que la Resolución de Apertura de Investigación fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, en los siguientes hechos:

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Documento obrante a folios 536 a 549 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. En adelante, cuando en la presente resolución se haga referencia al "Expediente", entiéndase que corresponde al Expediente No. 11-89514.

⁴ Documento obrante a folios 558 a 562 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵ Documento obrante a folios 1 a 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N° 2

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

- **Relación previa de los proponentes que presuntamente habrían incurrido en prácticas colusorias**

Con los documentos recaudados en la Averiguación Preliminar, la Delegatura determinó que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ participaron conjuntamente, bajo la modalidad de consorcio, en un proceso de selección anterior (proceso de Subasta SAS-41-2010), adelantado por el IDIPRON, a partir del cual se celebró el Contrato No. 2466 de 2010. Posteriormente, los mismos agentes se presentaron de manera individual y como competidores al proceso SAS-8-2011.

Aunque el hecho de que ambos proponentes se presentaran previamente y de manera conjunta a procesos similares no implica, por sí mismo, una violación al régimen de competencia, si constituyó, para la Delegatura, una señal de alerta en cuanto a un eventual acuerdo colusorio.

- **Coincidencias entre los proponentes HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ durante el proceso SAS-8-2011**

- a) Al inspeccionar los equipos de cómputo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en visita administrativa, se encontró un correo electrónico dirigido al señor GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES, quien ejercía como corredor de seguros de Aseguradora Solidaria, mediante el cual HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ solicita el trámite de las pólizas de seriedad para los proponentes ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (supuestos competidores), con el requisito adicional de hacerse de forma independiente y sin números consecutivos.

Adicionalmente, en testimonio practicado a CESAR AUGUSTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, administrador del establecimiento de comercio DEPÓSITO SAN RAFAEL HERNÁNDEZ, éste confirmó el hecho de que el intermediario de seguros al cual le eran compradas las pólizas era el mismo al que recurría ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ al participar en procesos licitatorios.

- b) Una vez analizadas las propuestas por parte de la Delegatura, se encontró que a pesar de no exigirse en los pliegos de condiciones requisito alguno relacionado con la presentación de las características técnicas de los vehículos a usar durante la ejecución del contrato, y del carné de manipulación de alimentos, las únicas propuestas que los contenían fueron las de los proponentes HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de apertura de investigación y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, el día 13 de julio de 2012 se celebró la audiencia de conciliación de que trata el artículo 33 de la Ley 640 de 2001⁶, con el fin de que JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ, en su calidad de quejoso,

⁶ Acta de la Audiencia obrante a folios 605 a 607 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

y los investigados, conciliaran los intereses particulares. Una vez realizada la explicación sobre los objetivos, modos de intervenir y posibilidades de la audiencia, el quejoso presentó su propuesta conciliatoria, la cual no fue aceptada por HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, por lo que la conciliación fue fallida.

QUINTO: Que mediante la Resolución No. 53504 del 10 de septiembre de 2012⁷, y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados. A su vez, decretó pruebas de oficio y rechazó la solicitud de algunas pruebas solicitadas por los investigados.

SEXTO: Que el día 14 de marzo de 2013, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos⁸, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción⁹ (en adelante, "Informe Motivado"), en el cual recomendó sancionar a los investigados por haber infringido las normas sobre protección de la competencia.

A continuación se resumen los principales aspectos de dicho informe motivado:

En primer lugar, la Delegatura señala que el mercado relevante en el que habría ocurrido la conducta objeto de investigación se circunscribe al proceso de selección abreviada Subasta Inversa Electrónica SAS 8 de 2011, adelantado por el IDIPRON, y cuyo objeto consistía en contratar el *"EL SUMINISTRO DE ABARROTÉS PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LA ENTIDAD"*.

Posteriormente, la Delegatura realiza algunas consideraciones generales en torno a los acuerdos restrictivos de la competencia en el sistema jurídico colombiano, y sobre la responsabilidad de los representantes legales que los ejecutan. Respecto a la colusión en procesos de selección públicos, señala que éstos se deben ceñir a los principios de la contratación estatal y a los procedimientos que garanticen la selección objetiva de los contratistas; quienes de manera pública deben presentar sus ofertas de manera independiente, objetiva y transparente, condiciones que no se dan en el caso en que los proponentes participen en un proceso de contratación pública desarrollen un acuerdo colusorio.

En línea con lo anterior, precisa que se considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos y/o que tenga como efecto: i) la distribución de adjudicaciones de contratos; ii) la distribución de concursos o; iii) la fijación de términos de las propuestas.

Posteriormente, la Delegatura presenta sus consideraciones para determinar si existió un acuerdo colusorio por parte de los investigados en el proceso de selección abreviada Subasta Inversa Electrónica SAS 8 de 2011, cursado por el IDIPRON. En primer lugar, señala que no obstante en el presente caso no se reprocha la

⁷ Documento obrante a folios 623 a 635 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁸ Acta de la Audiencia obrante a folios 709 a 711 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁹ Documento obrante a folios 713 a 793 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

existencia de relaciones de tipo social, comercial u otra entre los investigados, la socialización con regularidad entre los competidores o el hecho de que el licitador ganador repetidamente subcontrate trabajo con licitadores no ganadores, se considera un patrón de advertencia de la existencia de un acuerdo colusorio.

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura sostiene que encontró diversas relaciones entre los investigados, ya fuera como competidores en procesos de selección contractual con el Estado, o como integrantes de consorcios. En este sentido, señala que para el año 2010, los investigados presentaron una propuesta conjunta ante el IDIPRON, para un proceso de selección cuyo objeto fue similar al de la subasta inversa analizada en el Informe, y en la cual se presentaron como proponentes competidores independientes.

Posteriormente, la Delegatura hace un análisis de las actuaciones realizadas por los investigados con anterioridad al cierre del proceso, poniendo de presente una serie de coincidencias y cruces de información entre HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, todas en el marco del proceso de selección abreviada adelantado por IDIPRON - SAS-8-2011.

En particular, la Delegatura indica que tanto la póliza de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ como la de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, fueron solicitadas por éste último al mismo intermediario de seguros, GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES, haciendo la salvedad que las mismas no debían tener números consecutivos. Lo anterior consta en el correo electrónico enviado por HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ a GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES, obtenido en visita administrativa practicada a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en su local en Corabastos.

Seguidamente, la Delegatura señala que en el computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ se encontró un archivo con el nombre de "Costos Idipron 08 2011", en tanto que en el computador de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ se encontró un archivo identificado como "Costos%20Idipron%2008%202011(1)". Ambos archivos presentan coincidencias y comparten elementos sobresalientes como formatos, colores, encabezados, pies de página y, a primera vista, valores iguales.

Las características comunes observadas por la Delegatura fueron las coincidencias en la mayoría de las hojas de cálculo de los archivos, en los encabezados de las hojas de cálculo, en la información contenida al final de las hojas de cálculo y los valores incluidos en las mismas; en especial en las hojas de cálculo denominadas "Costos Oficiales", "Costos con Protección", "Oferta con Protección", "Ofertas con Básicos", "Oferta Unitarios Oficiales", "Oferta Cantidad Total Oficial", "ANÁLISIS 1" y "ANÁLISIS 2".

Al respecto, la Delegatura indica que las coincidencias en el valor de los costos no tenían justificación en tanto que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ tenía menores costos a los de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, derivados de sus relaciones directas con productores y su tamaño comercial, situación que no se presenta en los documentos mencionados, donde se evidencia que en más de 60 ítems comparten identidad de costos. Por lo anterior, la Delegatura consideró

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 5

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

irracional que ambos investigados compartieran una estructura de costos casi idéntica teniendo en cuenta sus tamaños, capacidades y posiciones de mercado relativas.

En adición a lo anterior, la Delegatura señala que la hoja de cálculo llamada "Modelo Ofertas Subasta", encontrada en el archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, evidencia que ésta sería la guía para realizar los lances durante el procedimiento de subasta inversa electrónica del proceso de selección abreviada SAS-8-2011.

La Delegatura concluye su análisis de las hojas de cálculo encontradas manifestando que la exactitud de las coincidencias entre la gran mayoría de los elementos de los archivos no tienen justificación alguna bajo el supuesto de elaboración individual e independiente de las propuestas respectivas.

A continuación, la Delegatura pone de presente coincidencias adicionales en los documentos presentados por los investigados a la entidad contratante, -entre ellos las propuestas-, donde encontró que ambos investigados anexaron documentos relacionados con los vehículos para transportar los alimentos sin que esto fuera una exigencia que debiera estar incluida en las propuestas. Asimismo, señaló que de acuerdo con los documentos encontrados en las visitas administrativas, se determinó que los investigados conocían de antemano las observaciones al informe de evaluación que presentaría su competidor.

Con base en las pruebas señaladas, la Delegatura observa que las coincidencias halladas en las propuestas de los investigados son injustificables y no son posibles entre competidores dentro de un mismo proceso de selección pública, como tampoco lo son los archivos, formatos y referencias compartidas por los investigados.

En cuanto a su análisis económico, Delegatura elaboró un modelo para describir los incentivos que tenían los investigados para ejecutar un acuerdo anticompetitivo. En dicho modelo, se asumió que los licitantes presentan un valor de reserva por debajo del cual no están dispuestos a ofertar un precio. La utilidad del licitante adjudicatario será la diferencia entre el precio ganador de la subasta y su valor de reserva y la del resto de licitantes será nula. En el modelo de la Delegatura se tiene en cuenta el diseño de la subasta inversa por el cual los licitantes, luego de cada lance, sólo saben cuál es su orden de escogencia en ese turno. Por último, se asume también que los licitantes en el proceso son 4, pues se tuvo visibilidad de este hecho en los trámites previos a la subasta electrónica.

De acuerdo a lo anterior, la Delegatura señala que es fácil deducir que un licitante determinado buscará que su propuesta acabe siendo la mayor posible dentro del rango comprendido entre su propio valor de reserva y el valor del segundo lance más bajo antes de finalizar la subasta. Esto significa que, si su valor de reserva resultara no ser el menor de todos los licitantes, no ganaría la subasta. En efecto, en tal eventualidad, si dicho licitante quisiera ganar el contrato, debería proponer un precio inferior a su valor de reserva, ocasionándole pérdidas (que son peores que no ganar el contrato, lo que genera una utilidad nula).

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 6

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Con base en estas consideraciones, la Delegatura procede a simular un escenario de subasta con cuatro licitantes, dado que en el proceso investigado se presentaron cuatro interesados. En un entorno competitivo, es decir, en un entorno donde cada licitante opera independientemente, los mismos sólo son capaces de observar al final de un turno en qué posición relativa queda su propuesta con respecto al resto, es decir, si su propuesta es la más baja, la más alta o queda en un punto intermedio. Por ejemplo, si tras un lance un licitante observa que su propuesta resultó ser la segunda en orden de elegibilidad, éste deducirá que hay una propuesta que ha sido menor que la suya y que hay otras dos que quedarán comprendidas entre su propuesta y el presupuesto oficial de la licitación.

En cambio, cuando dos de los licitantes coluden, la cantidad de información que reciben tras un turno es mucho mayor. Por ejemplo, si al final de un lance los coludidos observan que sus propuestas quedaron en primera y tercera posición de escogencia, éstos ya saben en qué rango se encuentran las propuestas de los otros dos jugadores: habrá uno de los no coludidos cuyo precio se encontrará entre ambas propuestas coludidas y la otra propuesta no coludida estará comprendida entre la propuesta coludida más alta y el presupuesto oficial. Además, los coludidos pueden utilizar información recabada en licitaciones pasadas para estimar cuál de los no coludidos está presentando cada oferta.

Esta cantidad de información recibida tras cada lance permite a los coludidos poder hacer propuestas más certeras para que el coludido asignado como ganador (seguramente, aquél de los dos que presente un valor de reserva más bajo) logre proponer el precio más alto dentro del rango de precios que dan la victoria ya descritos anteriormente.

La Delegatura finaliza su análisis económico señalando que los archivos de Excel obtenidos de los computadores de los investigados confirman el marco teórico expuesto. Así, de haberse celebrado finalmente la subasta, ambos investigados tenían establecida la senda de propuestas a presentar en cada lance. Igualmente, de las mismas se observa que siempre en cada lance las propuestas programadas de los investigados presentan cierto margen, confirmando así también el marco teórico anterior.

Por último, la Delegatura plantea las siguientes conclusiones generales del Informe Motivado:

"(...)

- a) *Encuentra la Delegatura que las relaciones entre los dos investigados van más allá de las relaciones familiares preexistentes entre estos y del simple conocimiento y trato anterior concomitantes al proceso objeto de escrutinio.*

Dichas relaciones tal y como se observa de los archivos extraídos en las visitas practicadas a los investigados, no corresponden a aquellas propias de unos simples participantes competidores en un proceso de selección contractual, pues como se evidenció a lo largo de este informe, además de la colaboración para presentar las propuestas manifestada en las acciones emprendidas para solicitar las garantías de seriedad de la oferta, y la certificación de los vehículos acreditados, también se elaboraron de manera conjunta y coordinada las ofertas

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

económicas presentadas y una estrategia para los lances a realizar en el curso de la subasta.

- b) *No obstante aseverar los investigados que las coincidencias encontradas en las propuestas presentadas ante el IDIPRON, son resultado de una colaboración desinteresada entre competidores y partícipes en un mismo mercado, no pueden estas considerarse como tal, más aún cuando es claro que la presentación de los proponentes en un proceso de selección implica un proceso de competencia cuyo fin es eliminar al proponente rival y lograr la adjudicación.*

Por lo anterior y a partir del análisis esbozado de la conducta de los investigados en las diferentes etapas del proceso contractual Subasta Inversa SAS-08-2011 adelantada por IDIPRON, se evidencia que desde la apertura del referido proceso de selección y durante cada una de las etapas que preceden a esta, existió un actuar mancomunado por parte de los investigados, los señores HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, el cual refleja una colaboración no competitiva, orientada a fraguar un acuerdo colusorio.

En conclusión, si bien la estrategia implementada por los proponentes no se pudo ver concretada por cuanto una de sus propuestas no fue habilitada, la del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, dentro del proceso de selección y por ende, no generó un efecto real en el mercado; dicha estrategia sí genera un perjuicio a terceros, al ponerlos en una situación desventajosa en cuanto no gozan de igualdad de condiciones frente a los investigados. Es decir, que el objeto del acuerdo tuvo como consecuencia alterar los principios rigentes de la contratación estatal de transparencia, selección objetiva e igualdad de condiciones; cuya protección era esperada por los demás proponentes partícipes del proceso de selección".

SÉPTIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el día 14 de marzo de 2013 se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes dentro del término establecido para que expresaran sus observaciones manifestaron, en síntesis, lo siguiente:

7.1. OBSERVACIONES DE ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ¹⁰

ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ inicia su escrito manifestando que de ninguna manera se ha probado que el presunto acuerdo colusorio que pretende demostrar la Delegatura haya generado los efectos establecidos por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, a saber:

- Limitación en la producción.
- Limitación en el abastecimiento.
- Limitación para la distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros.
- Práctica, procedimiento o sistema que hubiese limitado la libre competencia y haber mantenido o determinado precios inequitativos.

¹⁰ Documento obrante a folios 802 a 827 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Q

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

A continuación, señala que es necesario que en el juicio de valor que se adelanta se realice un análisis objetivo, dadas sus implicaciones de tipo sancionatorio. Agrega que dado el tipo descrito en la norma, para que el supuesto acuerdo colusorio tuviese verdadero efecto, tendría que haber producido daño a un tercero, lo cual no ocurrió en este caso, pues no existe prueba de baja producción, desabastecimiento de productos, menoscabo a la distribución de materias primas, productos, mercancías o servicios, como tampoco se limitó la competencia. Por el contrario -anota el investigado-, en el desarrollo de la investigación se demostró que el denunciante continúa ejerciendo su actividad comercial y que sus utilidades van en aumento.

En cuanto al método de adjudicación, señala que no se puede confundir la estructuración y desarrollo del proceso de Selección Abreviada – Subasta Inversa, con el procedimiento para otro tipo de procesos, como lo son la Selección Abreviada de Menor Cuantía o la Licitación Pública. Agrega que resulta de suma importancia que se tenga claridad de lo siguiente:

"El proceso de selección abreviada que se adelanta bajo la figura de subasta inversa, necesariamente y conforme a la ley, ha de desarrollarse al momento de presentación de la propuesta bajo el siguiente esquema:

Cada uno de los proponentes, presenta ante la entidad un sobre que contiene la documentación de carácter habilitante (técnico, financiero y jurídico) y en sobre separado, la oferta económica. Esta oferta económica solo será pública al momento de desarrollarse el acto de subasta inversa, con la participación única de aquellos proponentes que queden habilitados en la verificación de requisitos habilitantes.

De este modo, quiso el legislador que la postulación de precios en orden descendente tan solo se desarrollara al final del proceso, en el entendido que solo pudiesen participar en la subasta quienes realmente superaran la verificación de requisitos básicos habilitantes.

Así las cosas y en orden práctico, un posible acuerdo colusorio en este tipo de procesos resulta inviable e ineficaz, puesto que nadie sabe finalmente quienes resultan habilitados en el proceso para participar en la subasta y además por cuanto, existiendo varios proponentes habilitados, ninguno en desarrollo de posturas o lances de precios, puede llegar a saber en (sic) valor de los otros participantes.

*Así las cosas, y en orden práctico, más allá que para la Superintendencia Delegada se genera una serie de **INDICIOS** que lo llevan a considerar la posibilidad de un acto colusorio, no se puede perder de vista que LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO FUE EL PRODUCTO DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA ESPECÍFICA QUE EN SU MOMENTO FUE TENIDA EN CUENTA POR EL IDIPRON AL ENCONTRARSE FRENTE A UN SOLO PROPONENTE HABILITADO.*

*Indistinto de la actuación de los investigados y los supuestos a los cuales llega el señor Superintendente Delegado a partir de los **INDICIOS** (NO PRUEBAS), la adjudicación fue el producto de la aplicación normativa y no del supuesto acuerdo colusorio.*

En conclusión, así lo quiera considerar y hacer valer los indicios allegados al proceso, es claro que la adjudicación del contrato fue producto del recto actuar del IDIPRON como lo reconoce la Superintendencia en su Resolución de apertura de investigación

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 9

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

y que por tanto NO SE DAN LOS PRESUPUESTOS PARA CONSIDERAR LA ADJUDICACIÓN COMO PRODUCTO DE SUPUESTOS ACTOS COLUSIVOS".

En cuanto a las pruebas recaudadas por la Delegatura y expuestas en el Informe Motivado, afirma que éstas no dejan de ser indicios que sumados llevan al ente investigador a considerar la existencia de un acuerdo colusorio. En particular, manifiesta que las similitudes en los documentos encontradas por la Delegatura tienen su explicación en la medida que los investigados en un principio consideraron la posibilidad de presentarse al proceso en consorcio, situación que finalmente fue descartada, razón por la cual cada uno de ellos quedó con copia de la información. Al respecto señala los siguientes puntos:

(...)

- 1. Tenemos que observar que llevamos dos procesos con el IDIPRON donde hemos trabajado como Consorcio con estos mismos cuadros.*
 - Contrato 234 del 2009 Valor de 1.473.188.845.00 Participación 5%*
 - Contrato 2466 del 2010 valor 1.088.000.000.00 Participación 5%*
- 2. El Proceso de Selección Abreviada Electrónica S.A.S 8 DE 2011 Se había conformado el mismo CONSORCIO, como se venía realizando en el año anterior (2010) pero debido a un acuerdo que no se llevó a su final después de realizar estudios de lo que se iba a realizar y casi a su finalización del proceso, decidieron no hacer el consorcio porque no pudieron llegar a un acuerdo económico en participación para finalizar dicho proceso.*
- 3. Todos los anexos y cuadros en la entidad son casi siempre iguales.*
- 4. Siempre se toma la misma presentación para realizar un análisis de lo que se va a realizar durante el proceso, teniendo en cuenta todos los cuadros que venían realizando para los estudios y así poder realizar la subasta final".*

Por otra parte, explica las similitudes encontradas por la Delegatura expuestas en la Imagen No. 23 del Informe Motivado, en el hecho que el equipo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, del cual fue sustraída la imagen, *"había sido llevado por su hermano a un proceso dentro del cual estábamos participando en el departamento del Tolima; allí me vi en la obligación de solicitar este equipo prestado para enviar un archivo, el cual quedó grabado en el equipo que se alude"*¹¹.

Seguidamente, ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ aporta un resumen del desarrollo de otra licitación de 2010 por subasta inversa y de sus lances, mediante el cual pretende controvertir el *"arduo y frenético trabajo hipotético realizado para pretender crear fórmulas mágicas en desarrollo de procesos de subasta inversa"*. Una vez presentado el ejemplo aludido, concluye en los siguientes términos:

¹¹ Página 13 de las Observaciones al Informe Motivado presentadas por ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Documento obrante a folios 802 a 827 del Cuaderno público No. 4 del Expediente.

R

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

"Quisiera informar y como no me acuerdo de los ejemplos emitidos por la Superintendencia vemos en el cronograma que los lances siendo del 0.5% no son iguales y en esta ocasión habían tres proponentes todos con la misma igualdad de proporciones para ganarse las (sic) licitación o el proceso en curso, además determinar en qué momento uno de los participante (sic) pueden determinar el valor de quien está realizando el lance. Ya que el que determine ganar el proceso estará en los finales del lance de acuerdo a su nivel Económico en la baja de los precios finales.

Por lo anterior, resulta plenamente válido hipotéticas fórmulas de arreglo, que en su libre apreciación el investigador puede proyectar, pero de ahí ha (sic) indilgar tal situación a una persona, resulta además de subjetivo, peligrosista, porque insisto no existe prueba, lo que resulta es un análisis un teorema mas no una prueba."

A continuación señala que no se ha causado perjuicio alguno a ninguna persona ni al mercado, en tanto que el denunciante y el mercado continúan operando en condiciones normales. Agrega que dado que en la primera etapa del proceso de subasta no existen evaluaciones ni se otorga puntaje, resulta absurdo considerar que las inconsistencias en las propuestas de los proponentes sea el resultado del actuar de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Seguidamente sostiene que si bien es cierto entre ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ se generó una situación particular y atípica que bien podría calificarse de colusión, la verdad es que el ánimo que acompañó en su momento a estas dos personas, no tenía como objetivo el generar manipulación o direccionamiento en el proceso contractual.

En línea con lo anterior, respecto de su relación con HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ señala lo siguiente:

"En realidad, el fundamento de la situación presentada tiene como causa una relación social y comercial que nace de vieja data, que ha llevado como comerciantes a los dos señores investigados a que en muchas oportunidades se hayan prestado mutua ayuda para adelantar su objeto social dentro del marco legal. De igual manera, comercialmente y en aras de aunar esfuerzos, totalmente permitido por la Ley 80 de 1993, en el año 2008, se presentaron a un proceso contractual bajo la figura del consorcio, donde fueron adjudicatarios en el contrato, y de igual forma vinieron actuando en el año 2009 y 2010.

Para la vigencia 2011, la necesidad de asociarse, bien en unión temporal o en consorcio, figura perfectamente reglada y permitida en la legislación colombiana, a última hora no se hizo necesario para los señores RAMÍREZ Y HERNÁNDEZ, por cuanto, sus capacidades financieras y jurídicas, ya las reunían de forma individual y no llegaron a un acuerdo comercial y económico, lo que generó el conocimiento mutuo de sus propuestas.

De buena fe, sin ninguna intención colusoria y sin consideración que la solicitud en común dirigida al corredor de seguros para la expedición de la garantía de seriedad de la oferta que acompañaría las propuestas, pudiese calificarse en un momento dado como un acuerdo colusorio, el señor ORLANDO RAMÍREZ, se presentó al proceso.

(...)

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 11

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Por lo anteriormente expuesto, quiero ratificar que la relación presentada entre los señores RAMÍREZ y HERNÁNDEZ, puede llegar a ser motivo de sospecha, pero para mí poderdante jamás se tuvo la intención de coludir.

Particularmente para el caso que nos ocupa, ningún acuerdo se llevó a cabo en aras de la adjudicación, por cuanto como bien es sabido el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. 008 de 2011, adelantado por el IDIPRON, no llegó a la etapa de acto de subasta, toda vez que con ocasión de la verificación de requisitos habilitantes, con un solo proponente habilitado no se pudo realizar la subasta."

Particularmente, sobre las coincidencias en las garantías de seriedad de las propuestas, manifiesta que dadas las relaciones comerciales entre ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, era evidente que varios de sus proveedores fuesen comunes, entre ellos el corredor de seguros. En este sentido continuó este argumento en los siguientes términos:

"Una cosa es que desde el correo electrónico del señor HERNÁNDEZ se hubiese solicitado al corredor de seguros (que es el mismo para muchos comerciantes), la expedición de la garantía de seriedad de la oferta, y otra muy distinta afirmar que se elaboró y presentó la propuesta de forma conjunta. La solicitud de la garantía de seriedad en un solo requisito o elemento contentivo de la propuesta y en cualquier caso, con todo respeto, creo no existe constancia física o material para afirmar haber visto a los investigados estructurando la propuesta y menos presentándola."

Por su parte, respecto de lo manifestado por la Delegatura sobre los equipos de transporte aportados por los proponentes investigados, señaló lo siguiente:

"Contrario a lo aseverado en la resolución que abre a pruebas dentro del proceso investigativo que nos ocupa, la exigencia de vehículo para transporte de alimentos sí fue requerido en el proceso; visto las páginas 6 y 7 DE LOS ESTUDIOS PREVIOS que fueron adelantados por la entidad y que hacen parte integral del pliego de condiciones, se evidencia tal exigencia. En tal virtud, el señor ORLANDO RAMÍREZ dentro de su oferta presentó este ofrecimiento."

A continuación presenta los siguientes argumentos respecto del análisis económico del comportamiento de los investigados para participar en la subasta inversa electrónica 008 de 2011, que realizó la Delegatura en el Informe Motivado:

"(...)

- a. *Lo que se presenta como INFORME MOTIVADO ante el Señor Superintendente en varios de sus apartes, como lo es lo referente al numeral 8.6, pueden llegar a ser supuestos, hipótesis, modelos, probabilidades, expectativas, teoremas, etc., PERO JAMÁS PRUEBAS; sobre supuestos no se pueden edificar en materia sancionatoria en acerbo (sic) probatorio; carece de MOTIVACIÓN lo referido en este numeral.*
- b. *Cuando hace mención la Delegatura a los distintos aspectos subrayados y resaltados en el párrafo extraído del Informe Motivado, todos ellos corresponde (sic) a PROBABILIDADES y muy a pesar que lo aclara, finalmente en la conclusión se determina que tales supuestos son el razonamiento para decir que cualquiera de las formulas aplicadas, en la práctica son el ánimo colusorio para la etapa de subasta.*

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

- c. *Para rematar, en el mar de posibilidades que ha sembrado la Delegatura y/o funcionarios 074 y 083, se critica la utilización de la información sobre precios históricos de subastas anteriores.*

Señor Superintendente, para nadie es un secreto que en cada escenario, los precios históricos pueden ser utilizados para establecer sus estrategias de competitividad, esto no se encuentra prohibido y menos puede ser tomado como acto colusorio.

Los precios históricos son utilizados por las entidades, así lo hizo el IDIPRON, por principio de planeación, para establecer el presupuesto oficial.

También lo realizan los proponentes en los distintos procesos; seguramente que los demás participantes en el proceso de subasta inversa No. SAS-08-2011, utilizaron este mismo mecanismo, sin que por ello se tenga tal análisis como acto de colusión.

En consecuencia, aunque respetable el trabajo realizado para establecer múltiples variables podrían resultar para amañar y direccionar el acto de subasta, NO SE TIENE PROBADO que tales artimañas estén presentes en el actuar del investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, por la misma razón que aclara la Delegatura, son POSIBILIDADES y por tanto NO PUEDEN SER TENIDAS COMO PRUEBAS."

Seguidamente, el investigado considera lo siguiente respecto de la conclusión expuesta por la Delegatura en el Informe Motivado:

"(...)

- a. *El mismo INFORME MOTIVADO aclara en la conclusión que NO SE GENERÓ UN EFECTO REAL EN EL MERCADO; por supuesto, a esta conclusión se llega por cuanto el acervo probatorio carece de objetividad y firmeza, sustentado sobre posibilidades, hipótesis o modelos como es llamado.*
- b. *De ninguna manera los demás participantes en el proceso: VENTAS INSTITUCIONALES, U.T. COMERCIO ESTRATÉGICO y HÉCTOR HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, han demostrado perjuicio alguno; tampoco la Superintendencia tiene evidencia o muestra que a dichos proponentes se les haya causado un perjuicio.*
- c. *En desarrollo del proceso y durante la etapa de verificación de requisitos habilitantes, no existe COMPETENCIA, puesto que allí no se origina la selección del contratista. En esta etapa cada uno de los proponentes allega a la entidad la documentación que debe soportar sus capacidades (jurídica, técnica y financiera); es tales capacidades NO INFIRIÓ el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ; por tal motivo la igualdad de condiciones de los proponentes no se determina en la etapa de verificación de requisitos habilitantes y en consecuencia la afirmación que efectúa la Delegatura carece de total razonabilidad.*
- d. *Por las razones antes expuestas, los principios que regulan la actividad contractual (artículo 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993 y demás que se encuentran en el artículo 209 de nuestra Constitución y la Ley 489 de 1998), no fueron alterados de ninguna manera."*

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 13

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Por último, ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ finaliza su escrito solicitando que se tenga en cuenta el principio de "la duda en favor del reo" (in dubio pro reo), comoquiera que el Informe Motivado adolece de motivación y se edifica sobre hipótesis, presunciones, probabilidades y modelos.

7.2. OBSERVACIONES DE HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ¹²

HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ inicia su escrito advirtiendo que la formación previa de consorcios y uniones temporales entre los investigados es permitida por las leyes colombianas de contratación pública. Por lo anterior, afirma que es evidente el conocimiento mutuo que se tienen los investigados, considerando además que son partícipes del mismo centro de comercio de abastos. Al respecto señala:

"La especialidad que desarrollan que corresponde a la venta de abarrotes, sus antepasados y en general el conocimiento de personas que se tienen y que no es ilegal por donde se le mire, en la globalización del mercado surgen estrategias de colaboración que permiten disminuir costos, como es la utilización conjunta de vigilancias, transporte y la coincidencia en cuanto a los proveedores de mercancías y suministros de servicios que en ningún caso puede ser tildado como actos contrarios.

También resulta innegable que vienen los aquí investigados, participando de tiempo atrás en las diferentes invitaciones a procesos de contratación que realizan en el IDIPRON, lo cual no puede ser reprochable debido a que ellos lo realiza (sic), al igual que los demás comerciantes incluyendo al quejoso señor JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ. Circunstancia que también ocurre en todas las licitaciones y procesos de contratación pública de diferentes entidades, ya que los comerciantes participan de acuerdo a su especialidad.

(...)

Esta circunstancia hace que ellos conozcan sus precios, sus estrategias, comerciales, experiencia en el mercado, debilidades comerciales, ventajas y desventajas, lo cual no significa que sea producto de un acuerdo anticompetitivo o colusorio, pero que si (sic) se usa en el momento de competir para obtener salir triunfador en los procesos a que se presentan. "

A continuación solicita que se tengan en cuenta los hechos de la queja instaurada por el también comerciante JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ, quien manifestó en su testimonio que no había sido afectado por la conducta investigada.

En cuanto a la similitud en los formatos de presentación de las propuestas de los investigados, manifiesta que esto es producto y consecuencia de la participación reiterada de los comerciantes en los procesos de contratación, lo cual hace que las propuestas sean muy parecidas ya que el formato es uno solo y es suministrado por el contratante. Agrega que por tal razón la información que diligenciaron los

¹² Documento obrante a folios 828 a 836 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

R

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

investigados, si bien es muy parecida, no es producto de un acuerdo anticompetitivo, pues entre estos comerciantes se demuestra un ánimo de competir en el mercado.

Seguidamente, sostiene que su conducta debe ser mirada por objeto, y que por tal razón la SIC debe basarse en plenas pruebas para establecer la responsabilidad, y no en sospechas, que son las que reposan y a las que se refieren dentro del Informe Motivado. En este sentido, agrega que se debe establecer la verdadera intención de los investigados, pues su verdadera finalidad y convicción era competir.

Respecto de las consideraciones de la Delegatura en cuanto a la manera en que solicitó la póliza de garantía, afirma que conforme a como lo ha manifestado la doctrina, la constitución de la póliza de la garantía es un requisito habilitante, que no afecta la competencia misma, al paso que las circunstancias de lugar y de tiempo hacen que exista colaboración entre los comerciantes, sin que se acuerden prácticas anticompetitivas.

Sobre los equipos de transporte aportados por los investigados, señala que revisados los términos de referencia se encuentra que no existía prohibición alguna, y que este hecho tampoco es un factor de competitividad, tanto que así los reconoce el Informe Motivado, en el que mediante pruebas testimoniales se demuestra que el ofrecimiento del parque automotor obedece a la subutilización del mismo y su arrendamiento a un negocio más que desarrolla la persona que los entrega en servicio.

A continuación presenta sus consideraciones sobre la modalidad de selección escogida por el IDIPRON en los siguientes términos:

"Importante también solicitar al señor Funcionario se sirva tener en cuenta la modalidad de selección que correspondía a subasta a menor precio lo que hacía real la existencia de la competencia e imposible un acuerdo colusorio o anticompetitivo, sin la participación de la mayoría o la totalidad de los proponentes.

Repito, la voluntad de mi cliente era competir y no tenía ni podía tener ventajas sobre los demás proponentes, pues es absurdo e imposible que en una subasta inversa, existan acuerdos, adicionando que los precios que se presentaron no son representativos frente a los lances, que si bien es cierto no se surtieron, determinarían el precio para el inicio de la puja, por tal razón resulta imposible realizar acuerdo entre dos participantes de un proceso de esta clase cuando el universo de proponentes corresponde a cuatro, cinco o más proponentes

(...)

En cuanto a los precios iguales, se debe aclarar al señor Funcionario que en los procesos por Subasta Inversa presencial o Subasta Inversa Electrónica, la cultura de los proponentes, es indicar en su OFERTA INICIAL DE PRECIO, un valor total de la oferta y/o un valor parcial por cada ítem, de entre el 98%; 99% o 99.5% de los precios totales o unitarios oficiales, para a partir de allí, iniciar la puja de rebaja o hacia debajo de los precios; es decir que los precios iniciales de todos o de la mayoría de los proponentes serán no "extrañamente" iguales, sino muy parecidos por la cultura del medio de las subastas."

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 15

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Por otro lado, agrega que para el proceso con el IDIPRON existió inicialmente la posibilidad entre los investigados de conformar el consorcio ellos mismos, pero que por falta de acuerdo sobre los porcentajes de participación, obligaciones, responsabilidades, la logística, etc., tal acuerdo no se llevó a cabo y se determinó dar vía libre a la participación independiente de cada uno de ellos. Al respecto sostiene:

"Como se indicó antes, con motivo de la inicial, pero fallida conformación del Consorcio por los investigados, se colocaron en los cuadros de costos, valores comunes del mercado, con valores nominales públicos de la fecha del estudio, sin embargo se reservaron para cada uno, los valores adicionales e individuales de descuento que cada eventual consorciado mantenía con cada fábrica o productor, derivados de las negociaciones y acuerdos comerciales que cada uno de los investigados manejaba, en razón de las compras por grandes volúmenes y a las formas de pago por anticipado o contra entrega, que mi cliente mantiene y que se reservó para sí y que lo diferencian de las compras que realizan otros comerciantes y para el caso del cotejo las que maneja el señor Orlando Ramírez, también investigado."

Por último, el investigado concluye sus observaciones en los siguientes términos, refiriéndose a su correcto actuar y a la ausencia de perjuicios al quejoso:

"Importante anunciar que no existe prueba directa, ni acusación alguna por ningún otro ciudadano. Que se ha aceptado por parte del quejoso que mi cliente, no le causo (sic) perjuicio económico, que resulta plenamente probado que el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ha participado reiteradamente en los procesos que convoca el IDIPRON, de manera individual, consorciado y en ninguna oportunidad se le ha tachado su conducta, contrario a esto que con su actuar demuestra conocer sus fortalezas y debilidades de otros comerciantes que compiten con él, lo que no demuestra que realice actos en contra de la competencia, por tal razón ruego al señor Funcionario se sirva exonerar a mi cliente de cualquier sanción y en especial por la que se enmarca dentro del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeralo (sic) 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992."

OCTAVO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el día 28 de agosto de 2013 se escuchó al Consejo Asesor de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual recomendó acoger la posición del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, en el sentido de sancionar a los investigados.

Habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho resolverá el presente asunto en los siguientes términos:

8.1. COMPETENCIA

De conformidad con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos del numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "[v]elar 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

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

El numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹³, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 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, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido establece que: "La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

8.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con Resolución No. 49454 del 20 de septiembre de 2011, la investigación objeto de la presente resolución examinó la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que dispone:

"Artículo 1. 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 y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general."

De la misma manera, se examinó la presunta infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que dispone:

"Artículo 47. (...) se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

¹³ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

9. Los 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."

8.3. DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

La Superintendencia de Industria y Comercio debe velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política y demás normas concordantes. Tal disposición señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica, y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

En este sentido, esta Entidad debe velar por el interés general, fomentando la transparencia y la competencia en los procesos de contratación celebrados por el Estado, en razón de los bienes y servicios que éste demanda para el cumplimiento de sus funciones.

Es así como una adecuada ejecución de las políticas estatales a través de la contratación pública hace necesario que los procesos de selección que adelante la administración se encuentren en línea con los fines y principios estatales, permitiendo el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y propendiendo por una adecuada y eficiente asignación de los recursos públicos. Lo anterior no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos de contratación, sino también la libre competencia en el mercado nacional y la eficiencia económica.

Conforme a la Resolución de Apertura de Investigación y el Informe Motivado proferidos en el presente caso, los investigados fueron acusados de restringir la libre competencia al infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. La primera de estas normas se refiere, para el caso que nos ocupa, a la prohibición general en materia de competencia, que proscribe la realización de toda clase de prácticas *tendientes* a limitar la libre competencia, entre las que se encuentra cualquier tipo de conducta dirigida a –o que tenga por objeto– distorsionar la competencia en el marco de un proceso de contratación pública.

Por su parte, la práctica restrictiva a la que se hace alusión en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se configura cuando dos o más sujetos llegan a un acuerdo que tiene por objeto la colusión en licitaciones públicas, independientemente de cuál sea el resultado de dicho acuerdo. En este orden de ideas, la ley castiga la realización de convenios encaminados a afectar la competencia en un proceso de selección contractual pública, independientemente de que dicho convenio sea efectivo para los propósitos para los cuales fue diseñado.

Téngase en cuenta que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define un "acuerdo" como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. En esta medida, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 18

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada.

En igual sentido, 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, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 26 de enero de 1995, precisó 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"*¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, existe una conducta reprochable en aquellos casos en que 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. Se trata de una conducta reconocida a nivel internacional como *bid rigging* o *collusive tendering*, y considerada como una de las infracciones de mayor impacto debido a que no sólo afecta la libre competencia, sino también 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 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"*¹⁵.

En este sentido, y tal y como lo ha reiterado este Despacho en diferentes oportunidades¹⁶, la colusión en los procesos de selección públicos produce diversos efectos negativos para varios agentes, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al cercenarles la posibilidad de competir y participar en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los

¹⁴ Ver Guía Práctica para combatir la colusión en licitaciones. Superintendencia de Industria y Comercio 2011.

¹⁵ Ver Guía Práctica para combatir la colusión en licitaciones. Superintendencia de Industria y Comercio 2011.

¹⁶ Resolución SIC No. 64400 del 16 de noviembre de 2011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 19

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad; y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

De la lectura del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, *se tiene que el ordenamiento colombiano condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas.* Cabe reiterar que cualquier forma de acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales o jurídicas) que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no sólo las normas de competencia, sino también las normas que regulan la contratación estatal.

Ahora bien, en lo que respecta a los mecanismos mediante los cuales se puede orquestar cualquiera de las conductas anticompetitivas arriba descritas, se han identificado entre otros, los siguientes: (i) intercambios de información sensible sobre las propuestas que cada cual presentará en la subasta; (ii) presentación de múltiples propuestas por empresas del mismo grupo que aparentan independencia; (iii) no presentación de propuestas por uno o más de los postulantes; (iv) retiro de las propuestas ya presentadas; (v) presentación de propuestas manifiestamente destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (vi) repartición y/o rotación de contratos en licitaciones repetidas en el tiempo y (vii) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la licitación pública puede tomar la posición de licitante en una segunda licitación efectuada sólo entre los miembros del acuerdo¹⁷. En este segundo proceso, a diferencia del primero, las empresas anteriormente coludidas presentan ahora propuestas competitivas.

8.3.1. Señales de advertencia de un posible acuerdo colusorio

Los acuerdos para manipular licitaciones son, por regla general, difíciles de detectar, pues normalmente se realizan de forma secreta. Por lo tanto, en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregularidades en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta.

En esta medida, el documento "*Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*", de la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO – OCDE¹⁸ identifica ciertas señales de advertencia que, de presentarse durante las diferentes etapas del

¹⁷ Fiscalía Nacional Económica de Chile. "Compras Públicas y Libre Competencia", (2011).

¹⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO – OCDE. Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas. Febrero 2009.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 20

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

proceso de selección, sirven para detectar una conducta colusiva en un proceso de contratación pública.

Así bien, la OCDE señala que existen ciertos patrones y prácticas de licitación que parecen no corresponder a las que normalmente ocurren en un mercado competitivo, y cuya ocurrencia apunta hacia la posibilidad de que exista manipulación en la licitación pública. En este orden de ideas, la ocurrencia de alguno o varios de los siguientes hechos constituye una advertencia que le puede indicar a la autoridad sobre la presunta manipulación de un proceso de contratación:

- Un mismo proveedor es a menudo quien presenta la oferta más baja en el proceso de contratación.
- Las ofertas ganadoras tienen una asignación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas.
- Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.
- Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.
- Algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan.
- Parece que las compañías se turnan para ser el licitador ganador.
- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ellas podría haber licitado independientemente.
- El licitador ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitadores que no ganaron.
- El licitador ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.
- Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

La OCDE también identifica las señales de advertencia que se pueden encontrar en los documentos que presentan los oferentes durante el proceso de selección, las cuales igualmente se configuran como indicios de la conducta en caso de verificarse. En este sentido, indica que estas señales se dan por descuido o culpa por parte de los colusores y que de ellas se derivan indicios que pueden llevar a descubrir la conspiración. Las señales que se deben identificar son las siguientes:

2

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 21

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

- La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.
- Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.
- Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitador.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.
- Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares.
- Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas.
- Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitadores aumentan en incrementos regulares.

En cuanto al establecimiento de los precios, la OCDE señala que es importante buscar patrones que apunten a compañías que podrían estar coordinando sus esfuerzos, como en el caso de aumentos de precios que no tienen explicación en aumentos de costos. Cuando las ofertas perdedoras son mucho más altas o bajas que la ganadora, los conspiradores podrían estar utilizando un esquema de licitación de respaldo. Los precios que superan la estimación de costos o las ofertas previas para concursos similares también podrían ser indicio de colusión. Los siguientes elementos pueden ser motivo de sospecha:

- Aumentos repentinos e idénticos en intervalos de precios por parte de licitadores, que no pueden explicarse mediante incrementos en costos.
- Expectativas de descuentos o reembolsos que desaparecen inesperadamente.
- Los precios idénticos pueden plantear inquietudes, en especial cuando se cumple una de las siguientes condiciones:
 - Los precios de los proveedores fueron los mismos durante largo tiempo;
 - Los precios de los proveedores eran previamente distintos unos de otros;

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

- o Los proveedores aumentaron el precio sin que sea justificable por aumentos de costos; o
- o Los proveedores eliminaron descuentos, especialmente en un mercado donde usualmente se ofrecían.
- Se observa una gran diferencia entre el precio de una oferta ganadora y otras ofertas.
- La oferta de cierto proveedor es mucho más alta para un contrato específico que la del mismo proveedor para un contrato similar.
- Se observan reducciones significativas con respecto a los niveles anteriores de precios, después de que un proveedor nuevo o que participa con poca frecuencia presenta una oferta; es decir, el nuevo proveedor podría haber entorpecido el funcionamiento de un cartel existente de manipulación de licitaciones.
- Los proveedores locales están ofreciendo precios más altos para las entregas locales que para las entregas a destinos más alejados.
- Las compañías locales y las no locales especifican costos de transporte similares.
- Sólo un licitador establece contacto con los mayoristas para obtener información sobre precios antes de presentar un concurso.
- Características inesperadas en licitaciones públicas en una subasta por medios electrónicos o de otro tipo -como ofertas que contienen cifras poco usuales en renglones en los que se esperarían cifras redondeadas a centenas o miles-, podrían ser indicio de que los licitadores están utilizando los concursos como vehículo de colusión al comunicarse información o destacar preferencias.

Bajo el anterior contexto, a continuación se pasa a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas acusadas.

8.4. CASO CONCRETO

El presente caso tiene origen en el Proceso de Subasta SAS-8-2011, convocado por el IDIPRON, que tenía como objeto el “*SUMINISTRO DE ABARROTES PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LA ENTIDAD*”. Para la ejecución del mismo, el IDIPRON estableció un presupuesto oficial de DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$2.566.949.503) INCLUIDO IVA.

El IDIPRON, mediante la Resolución No. 106 del 9 de junio de 2011¹⁹, dio apertura formal al proceso, publicando simultáneamente los pliegos de condiciones definitivos

¹⁹ Documento obrante en CD a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

AK

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

en el Portal Electrónico para la Contratación Pública (en adelante "SECOP"). Posteriormente se presentaron modificaciones a los pliegos a través de las adendas 1 y 2, fechadas el 15 de junio de 2011 y 17 de junio de 2011, respectivamente²⁰.

El día 21 de junio de 2011 se procedió al cierre de recibo propuestas del Proceso de Subasta SAS-8-2011, para el cual se presentaron los siguientes cuatro (4) proponentes. Nótese que se resaltaron los proponentes investigados:

Tabla No. 1. PROPONENTES PRESENTADOS AL CIERRE Y RECIBO DE PROPUESTAS EN EL PROCESO DE SUBASTA SAS-8-2011

PROPONENTE	
1	VENTAS INSTITUCIONALES SAS - Representante Legal JOSÉ
2	RAMÍREZ GÓMEZ ORLANDO.
3	U.T. COMERCIO ESTRATÉGICO - Conformado por COMERCIO ESTRATÉGICO E.U. y WILLIAM BOHÓRQUEZ
4	HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ HÉCTOR ALBERTO.

Fuente: CD a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Siguiendo el cronograma del proceso, se concedió a los proponentes el término para presentar observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes y documentación subsanable, y una vez presentadas y estudiadas por el Comité Evaluador, se publicó el siguiente resultado:

Tabla No. 2. RESULTADOS DE EVALUACIÓN PROCESO DE SUBASTA SAS-8-2011

PROPONENTE	EVALUACIÓN JURÍDICA	EVALUACIÓN TÉCNICA	EVALUACIÓN FINANCIERA
VENTAS INSTITUCIONALES SAS	HABILITADO	NO HABILITADO	HABILITADO
RAMÍREZ GÓMEZ ORLANDO	HABILITADO	HABILITADO	HABILITADO
U.T. COMERCIO ESTRATÉGICO	NO HABILITADO	NO HABILITADO	HABILITADO
HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ HÉCTOR ALBERTO	HABILITADO	HABILITADO	NO HABILITADO

Fuente: CD a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Como resultado del proceso de evaluación quedó habilitado un solo oferente, el IDIPRON amplió el plazo para aportar documentos habilitantes y la oferta económica

²⁰ Documentos obrantes en CD a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

por un día, tiempo durante el cual se aportaron documentos adicionales por parte de los proponentes VENTAS INSTITUCIONALES y COMERCIO ESTRATÉGICO, y se realizaron observaciones por parte de los proponentes ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y HÉCTOR HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. El 11 de julio de 2011 se reunió el Comité Asesor y Evaluador, el cual determinó nuevamente que sólo existía un oferente habilitado.

Por lo anterior, no se realizó la Audiencia de Subasta Electrónica, y en aplicación del artículo 22 del Decreto 2474 de 2008, el cual señala que si vencido el plazo no se alcanza la pluralidad de oferentes la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, el IDIPRON citó al único proponente habilitado -ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ- a audiencia pública de apertura y verificación de oferta económica y mediante la Resolución No. 160 de 2011²¹ le adjudicó el contrato.

Posteriormente, JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ, en su calidad de Representante Legal de la empresa VENTAS INSTITUCIONALES, mediante queja radicada ante esta Entidad con el número 11-089514-0 del 18 de julio de 2011²², denunció la existencia de posibles irregularidades en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 adelantado por el IDIPRON.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación procede el Despacho a analizar la conducta de los investigados en relación con el Proceso de Subasta SAS-8-2011, a efectos de determinar si efectivamente existió una infracción a las normas de competencia.

8.4.1. Mercado relevante

Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto y que, adicionalmente, hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección.

De acuerdo con lo anterior, el mercado afectado en el presente caso se circunscribe al Proceso de Subasta SAS-8-2011 celebrado por el IDIPRON, cuyo objeto era el: *"SUMINISTRO DE ABARROTES PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LA ENTIDAD"*.

En este sentido, el análisis de competencia se debe realizar en el marco de los proponentes del concurso, los cuales se muestran a continuación:

²¹ Documento obrante en CD a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²² Documento obrante a folios 1 a 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Tabla No. 3. PROPONENTES PARTICIPES DEL PROCESO DE SUBASTA SAS-8-2011

PROPONENTE
VENTAS INSTITUCIONALES SAS
RAMÍREZ GÓMEZ ORLANDO
U.T. COMERCIO ESTRATÉGICO
HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ HÉCTOR ALBERTO

Fuente: CD a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

8.4.2. Análisis de la conducta

En consonancia con el ejercicio efectuado por la Delegatura, este Despacho procederá a exponer la manera en que los investigados infringieron las normas de protección de la competencia, al haber coludido en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 adelantado por el IDIPRON.

En efecto, obra en el expediente abundante material probatorio que evidencia que los investigados fraguaron un acuerdo anticompetitivo que tenía por *objeto* distorsionar los resultados de la subasta en mención, en contra de los principios de libre competencia, de los eventuales intereses de entidad contratante y de los demás competidores.

Este Despacho presentará los indicios y las pruebas que demuestran la comisión de la conducta anticompetitiva antes descrita, entre las que se encuentran documentos internos y correos electrónicos que contienen coincidencias inexplicables en las propuestas de los investigados, intercambios de información sensible, e incluso estrategias para evitar ser vistos por la autoridad como participantes en un acuerdo colusorio. Por último, el Despacho presentará un análisis de la racionalidad económica que precedió la participación de los investigados en el Proceso de Subasta SAS-8-2011, seguido algunas conclusiones.

Las pruebas que obran en la investigación, valoradas individualmente y, sobre todo, en conjunto, llevan a concluir la existencia de una conducta colusoria en el presente caso²³. En efecto, los correos electrónicos, las propuestas, el intercambio de información sensible, las ordenes encaminadas a que las pólizas se expidieran de

²³ En 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" (Negrilla fuera del texto original) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2005. Expediente No. 680013103003-1996-19728-02.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

forma no consecutiva –para evitar ser identificados como participantes en un acuerdo colusorio-, constituyen prueba indiciaria –y una muy fuerte– de una estrategia encaminada a afectar la libre competencia en el proceso en mención.

Internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que en la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en el que conste el contrato o el acuerdo, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o administrador puede concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal. Así, 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"²⁴. (Subrayado fuera de texto)

En igual sentido, la autoridad Argentina de la Competencia manifestó en relación con este punto en particular lo siguiente:

*"(...) 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, cuando no se tiene una prueba directa del acuerdo para probar su existencia debe recurrirse a una prueba indirecta, básicamente indicios y presunciones"*²⁵.

8.4.2.1. Relaciones pre-existentes entre los investigados

Concuera este Despacho con la posición de la Delegatura al señalar que no son censurables las relaciones pre-existentes entre oferentes en un proceso de contratación pública, sean estas profesionales o personales. En efecto, no solo es natural y legal que compañías que hayan participado en calidad de consorcio o unión temporal en procesos anteriores, se presenten en procesos posteriores como

²⁴ RESOLUCIÓN (Expediente. 612/06, Aceites. 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. www.tdcompetencia.es

²⁵ Comisión Nacional de la Competencia Argentina. Dictamen 513 de 2005 pág. 40-41.

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 0 0 0 5 3 9 1 4 DE 2013 Hoja N°. 27

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

competidores. También es muy común que lo hagan. Mal haría esta autoridad en censurar por sí misma la realización de consorcios y uniones temporales que, además de estar autorizada por otras leyes, resulta en muchas ocasiones eficiente y procompetitiva.

No obstante lo anterior, se debe advertir, como lo hace la propia OCDE²⁶, que los contactos previos entre competidores, si bien no son ilegales, sí pueden constituir una señal de alerta que, acompañada de otras señales -esas sí presuntamente extrañas e irregulares-, deben llevar a la autoridad a investigar más a fondo la naturaleza de la relación entre los competidores, e incluso pueden aumentar la probabilidad de existencia de una colusión.

Durante el desarrollo de la investigación administrativa se encontró evidencia que permite demostrar que los Investigados han tenido relaciones comerciales y personales en el pasado, lo cual, al ser adicionado al acervo probatorio restante -en especial a los documentos encontrados en las visitas administrativas-, entra a reforzar la conclusión de que en el presente caso existió un acuerdo que tuvo por objeto coludir en la licitación abierta por IDIPRON.

En este sentido, HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ manifestó lo siguiente en el interrogatorio rendido ante esta Entidad respecto de su relación con ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ:

"PREGUNTA: ¿Conoce usted al señor Orlando Ramírez?

RESPUESTA: Si señora.

PREGUNTA: ¿Por qué lo conoce?

RESPUESTA: Hace 30 años, porque el padrastro de él y mi papá son del mismo origen del pueblo y son comerciantes ambos de la central de abastos y pues de esa relación familiar lo conozco.

PREGUNTA: ¿Tiene usted relaciones comerciales con el señor Orlando Ramírez?

RESPUESTA: En la actualidad sí.

PREGUNTA: ¿Qué tipo de relaciones?

RESPUESTA: Soy proveedor de alimentos.

PREGUNTA: ¿Proveedor de alimentos para qué?

RESPUESTA: Para los negocios que él desarrolla en sus actividades particulares.

PREGUNTA: ¿Sabe para qué negocio le suministra usted?

RESPUESTA: Si señora.

²⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO – OCDE. Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas. Febrero 2009.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 28

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

PREGUNTA: *¿Para cuáles?*

RESPUESTA: *Me compra para él, tiene un negocio, creo que son mercados y cosas para ayuda humanitaria con la Presidencia de la República y él está atendiendo el contrato que se derivó del proceso de Subasta Inversa del IDIPRON 008 de 2011".*

Por su parte, el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ señaló lo siguiente en el interrogatorio rendido ante esta Entidad:

"PREGUNTA: *¿Conoce usted al señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ?*

RESPUESTA: *Si señora.*

PREGUNTA: *¿Por qué lo conoce?*

RESPUESTA: *Con él nos conocemos por familiaridad, porque ya como comentaba antes, yo llevo 30 años en la empresa, nuestros padres como tanto el del señor Hernández como mi padre, ellos fueron fundadores de la empresa y allí por esta amistad de ellos que es muy antigua nos conocimos con los que hoy en día estamos trabajando en la empresa, por eso nos distinguimos en la empresa.*

PREGUNTA: *¿Desde hace cuánto tiempo se conocen?*

RESPUESTA: *Alrededor de unos 15 años con el señor Hernández, con el padre si desde (...), me vio crecer.*

(...)

PREGUNTA: *¿Con quién se ha asociado para presentarse a procesos de contratación?*

RESPUESTA: *Últimamente estuvimos asociados con el señor HERNÁNDEZ en un contrato, el año antepasado con IDIPRON, ya que el señor HERNÁNDEZ no cumplía con el K de contratación me solicitó el favor, donde fuimos el 95% de él y el 5 % que es lo que le faltaba, que fue lo que se hizo el consorcio. Con unos señores Tamayo nos hemos presentado en las licitaciones, no pudimos más porque los por razones técnicas y no más".*

Como puede observarse de lo manifestado por los investigados en los interrogatorios rendidos ante esta Entidad, las estrechas relaciones entre ellos tenían carácter personal y comercial y se remontan a más de 30 años, según lo afirma HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. De hecho, ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ manifestó que incluso se habían presentado anteriormente a procesos de contratación con el Estado como consorciados.

Sobre este particular, una vez inspeccionado el SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA - SECOP, se encontró que los investigados han participado en varios procesos de selección con el Estado. En algunas oportunidades se han presentado como competidores independientes y en otras ocasiones bajo la modalidad de consorcio. La tabla a continuación expone los procesos de selección contractual en los que se encontró que han participado los investigados:

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 29

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Tabla No. 4. PROCESOS DE SELECCIÓN CONTRACTUAL EN LOS QUE HAN PARTICIPADO LOS INVESTIGADOS

ENTIDAD CONTRATANTE	NÚMERO DEL PROCESO	OBJETO	PROPONENTES EN EL PROCESO
ALCALDÍA MUNICIPAL MADRID CUNDINAMARCA	CP-015-2010 - Subasta Inversa Presencial	SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE CONSUMO PARA EL DESARROLLO DE LOS PROGRAMAS DE RECUPERACIÓN NUTRICIONAL, MUJER CABEZA DE HOGAR Y ADULTO MAYOR, DIRIGIDO A LOS MENORES ESCOLARES Y LOS ADULTOS MAYORES EN EL PROGRAMA DE REDES DE APOYO, CON VULNERABILIDAD SOCIAL Y NUTRICIONAL EN EL MUNICIPIO DE MADRID.	ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ HECTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE COTA	Proceso Número 007-2010	SUMINISTRO DE INSUMOS PARA EL PROGRAMA "ASISTENCIA ALIMENTARIA" DEL MUNICIPIO DE COTA (CUNDINAMARCA).	CONSORCIO HECTOR A HERNÁNDEZ H-ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ. COOPERATIVA MULTIACOP, Amigos De San Jorge
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA REGIONAL DISTRITO CAPITAL	PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA MEDIANTE SUBASTA INVERSA PRESENCIAL DE MENOR CUANTÍA No. SENA CNHTA 005 DE 2010	CONTRATAR EL SUMINISTRO DE ABARROTES PARA EL CENTRO NACIONAL HOTELERÍA TURISMO Y ALIMENTOS UBICADO EN LA CARRERA 30 N° 15-53 DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ.	HECTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM COMERCIALIZADORA LA ESPECIAL
ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE FUSAGASUGÁ	SU012-2011 - Subasta Inversa Presencial	SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS PARA PROVEER LOS PROGRAMAS QUE ADELANTA LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL DE SEGURIDAD ALIMENTARIA CON EL FIN DE BENEFICIAR A LA POBLACION VULNERABLE DE LOS NIVELES I Y II, MADRES GESTANTES Y CABEZA DE FAMILIA Y/O EN SITUACION DE DESPLAZAMIENTO EN FUSAGASUGA	FUNDACION VIVE COLOMBIA CONSORCIO HECTOR A. HERNANDEZ - ORLANDO RAMIREZ GOMEZ SERVICIOS Y SUMINISTROS DE COLOMBIA LTDA VENTAS INSTITUCIONALES S.A.S.
IDIPRON	Subasta Inversa No. 41 DE 2010	SUMINISTRO DE ABARROTES PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LA ENTIDAD	VENTAS INSTITUCIONALES S.A.S. CONSORCIO HECTOR ALBERTO HERNANDEZ - ORLANDO RAMIREZ GOMEZ C.I. ALLIANCE S.A

Fuente: Información obtenida del SECOP obrante en CD a folio 706 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

La información obtenida en el SECOP muestra que los investigados no son sujetos comerciales ajenos y extraños en el mercado de suministro de abarrotes y productos perecederos y no perecederos. Además de haber sido competidores en varios procesos (Subasta Inversa Presencial CP-015-2010; Proceso de Selección Abreviada No. 006 de 2010), también han conformado consorcios para participar en otros procesos de contratación pública (Proceso No. 007-2010; Subasta Inversa SU012-2011; Subasta Inversa No. 41 de 2010). Particularmente, debe notarse que para el año 2010 los investigados presentaron propuesta conjunta ante el IDIPRON para un proceso de selección cuyo objeto es similar al de la subasta inversa analizada en la presente Resolución.

Las estrechas relaciones entre los investigados implican que estos oferentes no eran ajenos ni desconocidos en el momento en que participaron en el proceso bajo análisis. Tales relaciones, si bien de ninguna manera ilegales, podrían haber facilitado la coordinación de un acuerdo colusorio entre los hoy investigados, lo cual, sumado a las evidencias que se expondrán a continuación, dan cuenta de que en

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

efecto existió un acuerdo que tuvo *por objeto* afectar la competencia en una licitación pública.

8.4.2.2. Solicitud de las pólizas de garantía de seriedad de las propuestas

De conformidad con lo expuesto por la Delegatura, el pliego de condiciones del Proceso de Subasta SAS-8-2011²⁷ estableció como requisito que los proponentes anexaran junto con su propuesta una garantía de seriedad de la oferta, por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor del presupuesto oficial, con vigencia mínima de 2 meses contados a partir de la fecha y hora fijadas para el cierre del proceso.

Revisadas las pólizas aportadas por HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ²⁸ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ²⁹, se encontraron varias irregularidades y coincidencias, como se detalla a continuación.

En primer lugar, las pólizas de garantía de seriedad de ambos investigados fueron solicitadas por HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ al mismo intermediario de seguros, *enfaticando en que las mismas no debían tener números consecutivos, lo cual, a consideración de este Despacho, refleja la intención por parte del investigado de asegurarse que las pólizas no generaran sospecha de colusión al tener números consecutivos y un mismo origen.*

En efecto, en la visita administrativa practicada al local en Corabastos de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, se obtuvo el siguiente correo electrónico con fecha 9 de junio de 2011, denominado con el asunto "*Pliegos Definitivos Idipron SAS 008 2011*", el cual fue enviado por HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ al señor GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES, quien de tiempo atrás se desempeñaba como agente intermediario de seguros de los investigados al servicio de la empresa AGECON SEGUROS LIMITADA:

²⁷ Documento obrante en CD a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁸ Documento obrante a folio 647 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²⁹ Documento obrante a folio 657 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 1. "PLIEGOS DEFINITIVOS IDIPRON SAS 008 2011"

Pliegos Definitivos Idipron SAS 008 2011

Volver a mensajes

Héctor Alberto Hernández Hernández

Documentos de Office | 09/06/2011

Para german clientes seguros del estado, Germán Clientes Ageco...

Responder

2 datos adjuntos (total 544,5 KB)

Hotmail Vista activa



Pliegos D...doc
Ver en línea
Descargar (296,1 KB)



Estudios ...doc
Ver en línea
Descargar (248,4 KB)

Descargar todo como zip

HOLA GERMÁN:

ADJUNTO PLIEGOS DEFINITIVOS DEL PROCESO IDIPRON SAS 008 2011, PARA QUE POR FAVOR TRAMITE LAS PÓLIZAS DE SERIEDAD DE ORLANDO RAMÍREZ Y HÉCTOR HERNÁNDEZ DE MANERA INDEPENDIENTE Y NO CONSECUTIVAS. POR FAVOR CONFIRMEME EL RECIBO DE ESTA INFORMACIÓN

attn

Héctor Alberto Hernández Hernández

Fuente: Información obrante en CD a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse, el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ enfatiza en su solicitud que las pólizas de seriedad deberían ser expedidas de manera no consecutiva, razón por la cual, no obstante las referidas pólizas fueron tramitadas por el mismo intermediario ante la misma aseguradora y bajo instrucciones de uno de los investigados, la fecha de expedición y el número de las mismas no son consecutivas o cercanas como habría de esperarse. En la tabla a continuación se pueden observar las coincidencias en la información contenida en las pólizas de garantía de seriedad de los investigados:

Tabla No.5. Información pólizas de garantía de seriedad presentadas por los investigados

PÓLIZA	ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ	HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Agencia expedidora	Aseguradora Solidaria de Colombia	Aseguradora Solidaria de Colombia
Tomador	ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ	HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Intermediario	Agecon Seguros Limitada	Agecon Seguros Limitada
Fecha de expedición	17/06/2011	14/06/2011
Dirección	Corabastos Bodega 7 local 6	Corabastos Bodega 7 local 3
No. póliza	885-47-994000002385	885-47-994000002375

Fuente: Información obrante a folios 647 y 657 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 32

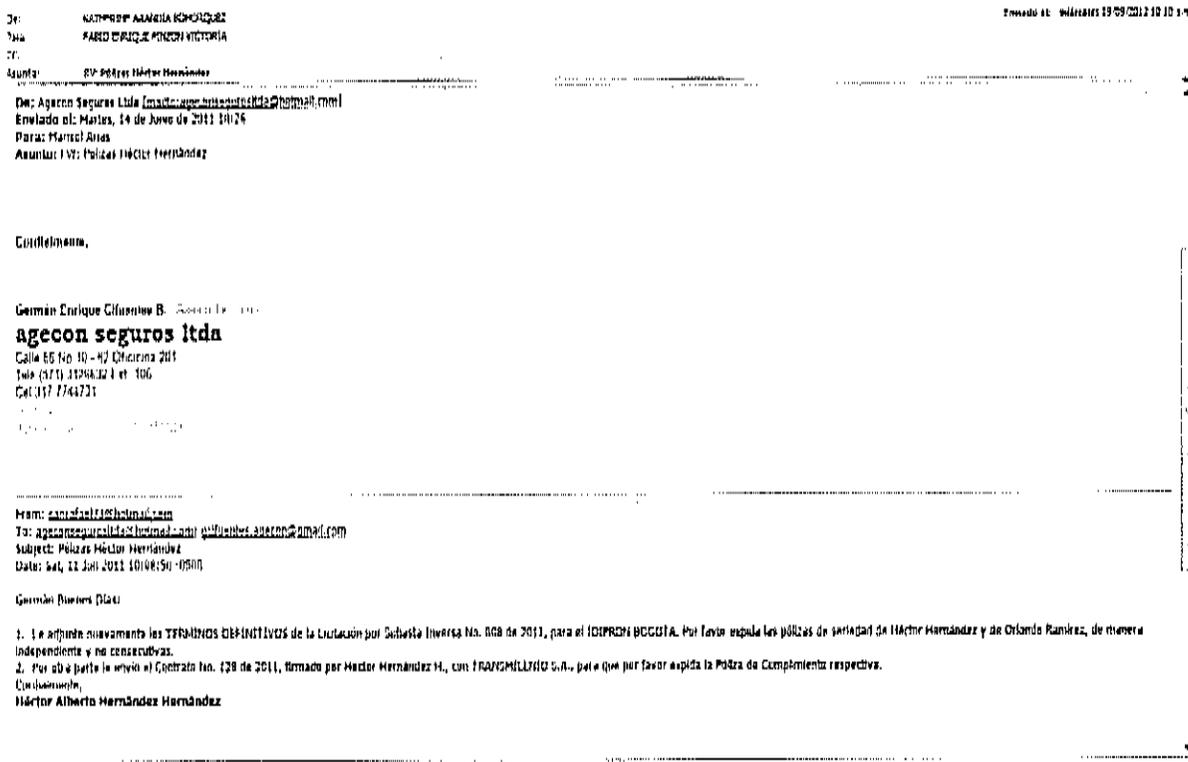
"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Ahora, con el fin de determinar la manera en que se tramitaron las pólizas presentadas por los investigados, en visita realizada en las instalaciones de la sociedad C & P LTDA ADMINISTRADORES DE SEGUROS, se halló el correo electrónico que se ilustra a continuación, enviado por el señor GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES a la señora MARISOL ARIAS denominado con el asunto "Pólizas Héctor Hernández", en el cual reenvía el correo electrónico antes mencionado, enviado por el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ el 11 de junio de 2011, y en el cual adjunta nuevamente los términos del Proceso de Subasta SAS-8-2011 para que se expidieran las pólizas de seriedad de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Nótese que se reitera nuevamente que las pólizas debían ser expedidas de manera no consecutiva:

Imagen No. 2. "PÓLIZAS HÉCTOR HERNÁNDEZ"



Fuente: Información obrante en CD a folios 671 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

El investigado HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ afirmó lo siguiente en interrogatorio rendido ante esta Entidad en relación con la solicitud de las pólizas de garantía de seriedad:

"PREGUNTA: ¿A quién solicitó las pólizas exigidas en el pliego de condiciones para presentar la propuesta?

RESPUESTA: Al señor Germán Cifuentes que es mi corredor de seguros hace 7 años y él es un intermediario de muchas firmas, pero en los negocios de alimentos, con la firma Solidaria Aseguradora Solidaria de Colombia creo que es.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 33

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

PREGUNTA: *¿Desde cuándo trabaja con el señor Germán Cifuentes?*

RESPUESTA: *6 o 7 años, no le se predecir a este despacho.*

PREGUNTA: *¿Qué tipo de pólizas le solicita al señor Cifuentes?*

RESPUESTA: *Inicialmente todas las de seriedad y luego las de cumplimiento y si de la entidad requiere adicionales de extra responsabilidad civil extracontractual también.*

PREGUNTA: *¿Cuál es la forma en la que habitualmente usted solicita al señor Cifuentes la expedición de dichas pólizas?*

RESPUESTA: *Luego que hago la evaluación de que cumpló, le envío los pre términos antes de que salgan los definitivos para que él conozca si hay alguna limitación porque muchas veces por alguna mala redacción o un requerimiento que no cubren las compañías de seguros no me expiden pólizas, cuando él me asegura que la compañía me puede proteger o acompañar, le digo que esté pendiente hasta cuando yo le envíe los pliegos definitivos. Siempre se los hago llegar por vía correo electrónico.*

PREGUNTA: *¿Le solicitó usted al señor Germán Cifuentes la póliza exigida en la Subasta Inversa 08 de IDIPRON?*

RESPUESTA: *Es cierto, sí señora.*

PREGUNTA: *¿Solicitó la póliza al señor Cifuentes de algún competidor suyo en este proceso?*

RESPUESTA: *Si señora, del señor Orlando Ramírez Gómez.*

PREGUNTA: *¿Por qué razón?"*

Por su parte, el investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ manifestó lo siguiente:

"PREGUNTA: *¿A quién le solicita las pólizas?*

RESPUESTA: *Las pólizas se las solicitamos a un señor llamado Germán Cifuentes, nosotros, yo les solicitamos las pólizas a él.*

PREGUNTA: *¿Quién es él?*

RESPUESTA: *Él es un agente vendedor de pólizas, que él pues algún día llego allá a Corabastos buscando clientes y pues me pareció bien porque él venía a traernos las pólizas, el servicio, pronto nos daba un.. la otra semana me pagan.. él le vende las pólizas al señor Hernández, le vende las pólizas a Don José Solano también que es de Corabastos, y creo que a unas personas que no sé quiénes serían pero él vende ahí más pólizas.*

PREGUNTA: *¿Solicitó usted directamente las pólizas al señor Germán Cifuentes?*

RESPUESTA: *Algunas veces sí, algunas veces por x o y razón de pronto le he solicitado el favor al señor Hernández pígame la póliza porque yo estoy de pronto fuera de Bogotá porque hay partes donde toca ir a firmar papeles, hay que hacer otras cosas y solicito el favor como favor no más.*

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

PREGUNTA: *¿Desde cuándo trabaja con el señor Germán Cifuentes?*

RESPUESTA: *Aproximadamente 3 años más o menos.*

PREGUNTA: *¿Qué tipo de pólizas le solicita al señor Germán Cifuentes?*

RESPUESTA: *Pólizas de cumplimiento y de garantía y de calidad porque en algunas partes nos toca pólizas de calidad.*

PREGUNTA: *¿Cuál es la forma que habitualmente utiliza para solicitar las pólizas?*

RESPUESTA: *Casi siempre se trabaja por correo electrónico ya que para que él venga por eso y vuelva a llevar y como hay procesos que los abren hoy y ya mañana tiene que estar los documentos entonces se trata de manejar por este medio ya que también a veces al expedir las pólizas tienen errores entonces devuélvalo arréglenlo entonces nos toca por este mecanismo del correo electrónico.*

PREGUNTA: *¿Cómo realiza el pago de esas pólizas?*

RESPUESTA: *El pago de las pólizas yo les hago consignaciones o a veces pago el efectivo.*

PREGUNTA: *¿El pago lo realiza usted directamente?*

RESPUESTA: *Si señora.*

PREGUNTA: *¿Cómo realizó la solicitud de póliza para el proceso de IDIPRON No. 8 de 2011?*

RESPUESTA: *La póliza yo le solicite el favor al señor HERNÁNDEZ que me solicitara la póliza, que me enviara los pliegos para solicitar mi póliza, ya que en ese momento yo me encontraba por allá en el Tolima en un proceso, donde teníamos que tener personal de Purificación, bodega allá en Purificación, entonces nos tocaba ir a manejar todo eso, entonces no me encontraba en esos momentos aquí en Bogotá por eso solicite el favor.*

PREGUNTA: *¿Quién realizó el pago de esa póliza?*

RESPUESTA: *El pago lo realice yo".*

Como puede observarse de lo manifestado por ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, el intermediario de seguros GERMÁN ENRIQUE CIFUENTES BENAVIDES era ampliamente conocido por él, en tanto que le había prestado sus servicios durante varios años. En esta línea, concuerda este Despacho con lo afirmado por la Delegatura en cuanto a que resulta extraño que ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ no hubiese solicitado directamente a su agente de seguros habitual el trámite y expedición de su póliza, sino que hubiese delegado dicha tarea a un competidor en el proceso de selección de la referencia, esto es, a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta aún más censurable el hecho que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ haya enfatizado que las pólizas no deberían

A

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

ser consecutivas, lo cual, como se señaló anteriormente, refleja la intención de los investigados de ocultar las pruebas de su colusión en el Proceso de Subasta SAS-8-2011. Bien es sabido que la expedición consecutiva de pólizas de seguros a competidores en un proceso de contratación pública constituye una prueba importante en aquellos procesos en que se investiga la existencia de una presunta colusión, por lo cual las conductas encaminadas a ocultar dicha situación son un fuerte indicativo de que existió un acuerdo encaminado a afectar la competencia.

8.4.2.3. Archivos encontrados en los computadores de los investigados

La estrategia desarrollada por ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ tenía como propósito participar en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 del IDIPRON de manera conjunta o coludida, aparentando una independencia que nunca existió.

Los medios de prueba obrantes en el expediente demuestran no solo que los investigados tenían una estrecha relación comercial y personal, y que solicitaron conjuntamente pólizas con la advertencia de que las mismas no fueran expedidas de forma consecutiva, sino también que cada uno de ellos contaba con información altamente sensible sobre la estrategia que tomaría su competidor en el proceso de subasta, lo cual claramente les permitía actuar de manera conjunta o coordinada.

En efecto, en las visitas administrativas realizadas a las instalaciones de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ -DEPÓSITO SAN RAFAEL HERNÁNDEZ-³⁰ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ -DISTRIMERCAR O.R.-³¹ ubicadas en la misma bodega de la Central de Abastos de Bogotá – CORABASTOS, se encontraron en cada uno de sus computadores archivos que contenían la información de ambos investigados respecto del Proceso de Subasta SAS-8-2011 con el IDIPRON. Entre los documentos encontrados están archivos de Excel casi idénticos que tenían los investigados con información relacionada con la subasta y las actuaciones previas a la presentación de las propuestas, así como documentos relacionados con las actuaciones de los investigados posteriores al cierre del proceso, tales como las observaciones al informe de evaluación. A continuación se analizan cada una de las pruebas encontradas.

8.4.2.3.1. Archivos Excel

En los computadores de los investigados se encontraron archivos de Excel con información prácticamente idéntica y altamente sensible, en el que cada uno de ellos tenía información de su competidor relacionada con el Proceso de Subasta SAS-8-2011. Sobra decir que la información sobre precios y estrategias de comportamiento en una licitación de una empresa no debería ser conocida por quien va a ser su competidor en un mismo proceso de contratación estatal.

³⁰ Acta de Visita obrante a folios 411 a 413 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³¹ Acta de Visita obrante a folios 478 a 481 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 36

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

En el computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ se encontró el archivo denominado "Costos Idipron 08 2011"³², al paso que en el computador del señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ se encontró el archivo identificado como "Costos%20Idipron%2008%202011(1)"³³.

Tanto el archivo "Costos Idipron 08 2011" como "Costos%20Idipron%2008%202011(1)", contienen estructuraciones financieras para el Proceso de Subasta SAS-8-2011, compuestas de costos y precios unitarios, IVA, y márgenes sobre costo por unidad, las cuales fueron realizadas en su mayoría con base en el Formato No. 6 contenido en los anexos al pliego de condiciones, ilustrado a continuación:

Imagen No. 3. Formato No. 6 de los anexos del pliego de condiciones para el Proceso de Subasta SAS-8-2011

FORMATO No. 6

CUADRO DE RESÚMEN ECONÓMICO DE LA PROPUESTA

UNIDAD DE MEDIDA	NOMBRE DEL ELEMENTO	MARCA	VALOR UNITARIO	IVA (SI APLICA)	VALOR TOTAL (Valor unitario más el IVA si aplica)
BIDÓN	ACEITE COMESTIBLE PURO REFINADO DE ORIGEN VEGETAL DE UNA SOLA FUENTE, EN GARRAFA DE POLIPROPILENO POR 20 LITROS				
LIBRA	AJONJOLI EN PAQUETE PRESENTACION EN BOLSA DE POLIETILENO POR LIBRA				
GALON	AREQUIPE DE CONSUMO DOMESTICO TIPO TORTA EMPACADO EN FRASCO PLASTICO GALON POR (2-5) KILOS				
BULTO	ARROZ BLANCO TIPO 1 GRADO 1 EMPACADO EN SACO DE POLIPROPILENO, BULTO 50 KILOS				

³² Documento obrante en CD a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

³³ Documento obrante en CD a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N° 37

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

KILO	SALVADO DE TRIGO EMPACADO EN BOLSA DE POLIETILENO POR UN KILO				
UNIDAD	SARDINA EN ACEITE EMPACADA EN LATA X 425 GRS CADA UNA				
GALÓN	TINTURA DE CARAMELO EMPACADA EN ENVASE PLASTICO X 3,785 C.C APROX				
CAJA	UVA PASA, EMPACADA EN BOLSA DE POLIETILENO, PRESENTACION CAJA POR 10 KILOS				
GALÓN	VINAGRE EMPACADO EN ENVASE PLASTICO X 3,785 C.C APROX				
VALOR TOTAL DE LA SUMATORIA DE LOS ITEMS					
NOTAS					
1. EL PROPONENTE DEBE INDICAR EL IVA EN EL PRODUCTO EN LOS CASOS QUE APLIQUE					
2. EL PROPONENTE DEBE COTIZAR EL VALOR UNITARIO DE CADA UNO DE LOS PRODUCTOS SOLICITADOS					
3. PARA EFECTOS DE VERIFICACION ECONOMICA Y PRECIO BASE DE LA SUBASTA, LA ENTIDAD TENDRÁ EN CUENTA EL MENOR PRECIO OFERTADO, DADO DE LA SUMATORIA DE TODOS LOS PRODUCTOS UNITARIOS OFERTADOS					
4. EL CONTRATO SE ADJUDICARA HASTA EL MONTO MAXIMO DEL PRESUPUESTO ESTIMADO					

Fuente: CD obrante a folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Las estructuraciones financieras contenidas en los archivos encontrados en los computadores de ambos competidores comparten elementos sobresalientes, como formatos, colores, encabezados, pies de página y, a primera vista, valores iguales, tal como se puede apreciar en las imágenes a continuación.

Imagen No. 4. Hoja de cálculo "Costos Oficiales" del archivo "Costos%20idipron%2008%202011(1)" (ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ)

The screenshot shows an Excel spreadsheet with the following content:

- File name: Costos%20idipron%2008%202011(1) - Microsoft Excel
- Menu bar: Inicio, Insertar, Diseño de página, Fórmulas, Datos, Revisar, Vista
- Cell A5: CUADRO DE RESUMEN ECONOMICO DE LA PROPUESTA
- Columns: C, D, E, F, G, H, I, J, K
- Row 1: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ
- Row 2: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD - IDIPRON
- Row 3: SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA PRESENCIAL No. 008 - 2011
- Row 4: FORMATO No. 6
- Row 5: CUADRO DE RESUMEN ECONOMICO DE LA PROPUESTA
- Row 6: PROPONENTE : HECTOR ALBERTO HERNANDEZ H.
- Row 7: COSTO UNITARIO (Column G), COSTO UNITARIO BASICO HAHH (Column J), COSTOS BASICOS VALDR PARCIAL POR (Column K)
- Row 80: HECTOR ALBERTO HERNANDEZ H
- Row 81: DEPOSITO SAN RAFAEL HERNANDEZ
- Row 82: CORABASTOS S.A. - BODEGA 7 LOCAL 3
- Row 83: (Empty)
- Footer: Costos Oficiales, Costos con protección, Costos básicos, Oferta con Protección, Oferta con Bases, Oferta Unitaria Oficiales, Oferta Comp. Total Oficiales, ANALISIS 1, ANALISIS 2

Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 38

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No.5. Hoja de cálculo "Costos oficiales" del archivo "Costos Idipron 08 2011" (HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ)

The screenshot shows an Excel spreadsheet with the following content:

CUADRO DE RESUMEN ECONOMICO DE LA PROPOSTA			
	C	D	K
1	ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA		
2	INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD - IDIPRON		
3	SELECCION ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA PRESENCIAL No. 008 - 2011		
4	FORMATO No. 6		
5	CUADRO DE RESUMEN ECONOMICO DE LA PROPOSTA		
6	PROPONENTE : HECTOR ALBERTO HERNANDEZ H.		
7		COSTO UNITARIO	COSTO UNITARIO BASICO HAHH COSTOS BASICOS VALOR PARCIAL POR
80			
81	HECTOR ALBERTO HERNANDEZ H		
82	DEPOSITO SAN RAFAEL HERNANDEZ		
83	CORRASTOS S.A. - BODEGA 7 LOCAL 3		

At the bottom of the spreadsheet, there is a row of tabs: Costos Oficiales, Costos con proteccion, Costos basicos, Oferta con Proteccion, Oferta con Bases, Oferta Unitaria Simple, Oferta Costo Total Oficial, ANALISIS 1, ANALISIS 2.

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse, las anteriores imágenes de los archivos encontrados en los computadores de los investigados evidencian que no obstante hacen uso del formato No. 6 proporcionado por el IDIPRON como base para elaborar las estructuraciones financieras, son evidentes varias coincidencias entre los archivos de ambos competidores.

En primer lugar, y en línea con lo advertido por la Delegatura, este Despacho encontró que la mayoría de las hojas de cálculo de los archivos "Costos%20Idipron%2008%202011(1)" y "Costos Idipron 08 2011" son coincidentes. En la siguiente tabla se listan los nombres de las hojas de cálculo de los respectivos archivos:

Tabla No.6. Denominación hojas de cálculo de los archivos de los investigados

ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ	HÉCTOR ALBERTO HERNANDEZ HERNÁNDEZ
<i>Nombre Hojas de cálculo</i>	
	Costos Proyección 2011-2012
Costos Oficiales	Costos Oficiales
Costos con protección	Costos con protección
Costos básicos	Costos Julio 2011
Oferta con Protección	Oferta con Protección

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 39

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ	HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Oferta con Básicos	Oferta con Básicos
Oferta Unitarios Oficiales	Oferta Unitarios Oficiales
Oferta Canti Total Oficial	Oferta Canti Total Oficial
ANÁLISIS 1	ANÁLISIS 1
ANÁLISIS 2	ANÁLISIS 2
	Modelo Ofertas Subasta

Fuente: CDs obrantes a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 y 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Como puede apreciarse de lo anterior, de las 11 hojas de cálculo contenidas en el archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 8 de ellas comparten el mismo nombre con 8 de las del archivo "Costos%20Idipron%2008%202011(1)", correspondiente al señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Asimismo, obsérvese que a excepción de la hoja de cálculo denominada "Costos básicos", todos los nombres de las hojas de cálculo del archivo "Costos%20Idipron%2008%202011(1)" (ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ) se encuentran ubicadas de manera idéntica en el archivo "Costos Idipron 08 2011" (HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ), presentándose incluso en el mismo orden de aparición, como se muestra en las siguientes imágenes:

Imagen No. 6. Hojas de cálculo archivo "Costos%20Idipron%2008%202011(1)" (ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ)

ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD - IDIPRON SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA PRESENCIAL No. 000 - 2011 FORMATO No. 6 CUADRO DE RESUMEN FINANCIERO DE LA PROPOSTA PROPONENTE: HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ H.										
Item No.	Unidad de Medida	Descripción detallada y completa del elemento	MARCA	COSTO UNITARIO	VR. UNIT. SIN IVA	% IVA	VR. IVA en \$	COSTO UNITARIO BÁSICO CON PROTECCIÓN HAHH VR. UNIT. CON IVA	COSTOS BÁSICOS PROTEGIDOS VALOR PARCIAL POR ÍTEM IVA INCLUIDO	CANTIDAD TOTAL APROXIMADA OFICIAL
1	LITRO	ACEITE COMESTIBLE PURO REFINADO DE ORIGEN VEGETAL DE UNA SOLA FUENTE, EN GARRAFA DE POLIPROPILENO POR 20 LITROS	BOLSOVA-FINFRANCO	\$ 57.750.00	\$ 57.750.00	10%	\$ 6.352.50	\$ 64.102.50	\$ 104.810.000.00	2.168
2	LIBRA	ACEITE COMESTIBLE PURO REFINADO DE ORIGEN VEGETAL DE UNA SOLA FUENTE, EN GARRAFA DE POLIPROPILENO POR LIBRA	LEVAPAH	\$ 2.175.00	\$ 2.175.00	10%	\$ 239.25	\$ 2.414.25	\$ 2.442.000.00	407

Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 40

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 7. Hojas de cálculo archivo "Costos Idipron 08 2011"
(HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ)

ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD - IDIPRON SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA PRESENCIAL No. 008 - 2011 FORMATO No. 6 CUADRO DE RESUMEN ECONOMICO DE LA PROPUESTA PROPONENTE: HECTOR ALBERTO HERNANDEZ H.										
Item #	Unidad de Medida	Descripción detallada y tiempos de entrega	MARCA	VE UNIT. DE IVA	% IVA	VE IVA IVA	VE UNIT. CON IVA	COSTOS BÁSICOS VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	COSTO UNITARIO BÁSICO CON PROTECCIÓN IVA IVA	CANTIDAD TOTAL APROBADA OFICIAL
1	0000	ALFETE (CONTEDE) TIPO EMPAQUE DE CUBO, TAMAÑO DE 1000 GRS. PUNTO DE CALZADA EN POLIESTER CON CILINDRO	HELVETIA SUPERIOR	\$37750.00	10%	\$33975.00	\$33975.00	\$33975.00	\$33975.00	2.164
2	0000	ALFETE (CONTEDE) TIPO EMPAQUE DE CUBO, TAMAÑO DE 1000 GRS. PUNTO DE CALZADA EN POLIESTER CON CILINDRO	HELVETIA	\$14175.00	10%	\$12757.50	\$12757.50	\$12757.50	\$12757.50	407
3	0000	ALFETE (CONTEDE) TIPO EMPAQUE DE CUBO, TAMAÑO DE 1000 GRS. PUNTO DE CALZADA EN POLIESTER CON CILINDRO	HELVETIA	\$14175.00	10%	\$12757.50	\$12757.50	\$12757.50	\$12757.50	47

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

En adición a lo anterior, se encontró que además del nombre de las hojas de cálculo, el contenido de cada una de estas era idéntico en los archivos encontrados en los computadores de los investigados. Al respecto, obsérvese en las imágenes a continuación que el encabezado de las hojas de cálculo es el mismo para ambos archivos:

Imagen No. 8. Encabezado hojas de cálculo HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Costos Idipron 08 2011 - Microsoft Excel

de página Fórmulas Datos Revisar Vista

fx NIEVE

D F G H

ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA
INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD - IDIPRON
SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA PRESENCIAL No. 008 - 2011
FORMATO No. 6
CUADRO DE RESUMEN ECONOMICO DE LA PROPUESTA
PROPONENTE : HECTOR ALBERTO HERNANDEZ H.

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

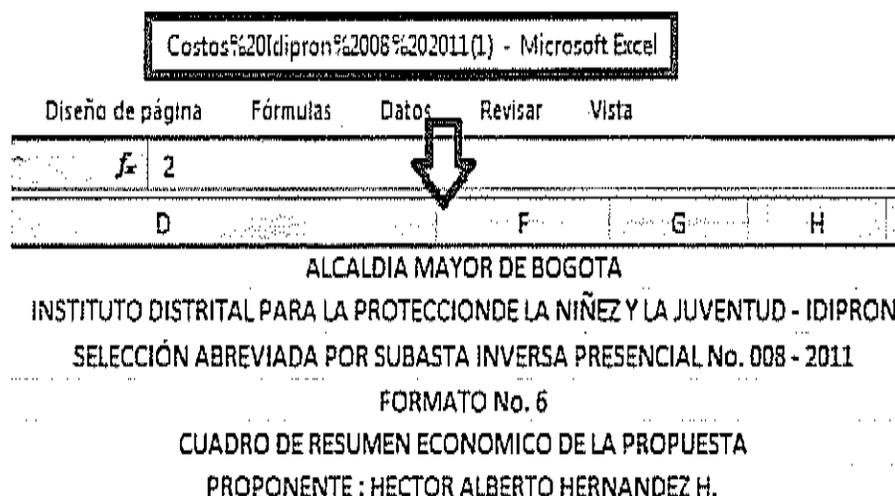
RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 41

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

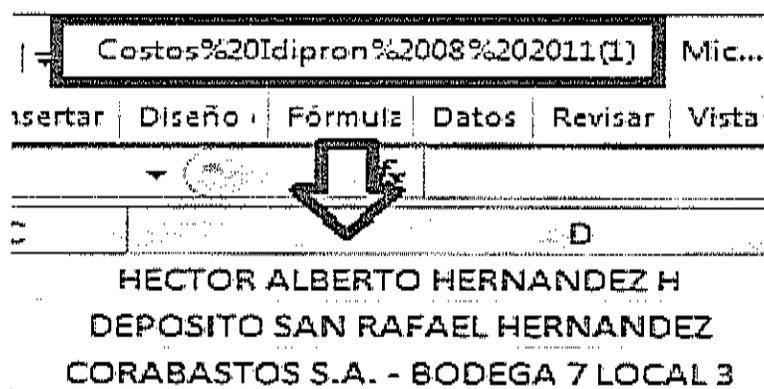
Imagen No. 9. Encabezado hojas de cálculo ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ



Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Por su parte, además de tener los encabezados idénticos, la información contenida al final de cada una de las hojas de cálculo también era igual en los dos archivos, como se muestra a continuación:

Imagen No. 10. Parte final de las hojas de cálculo de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ



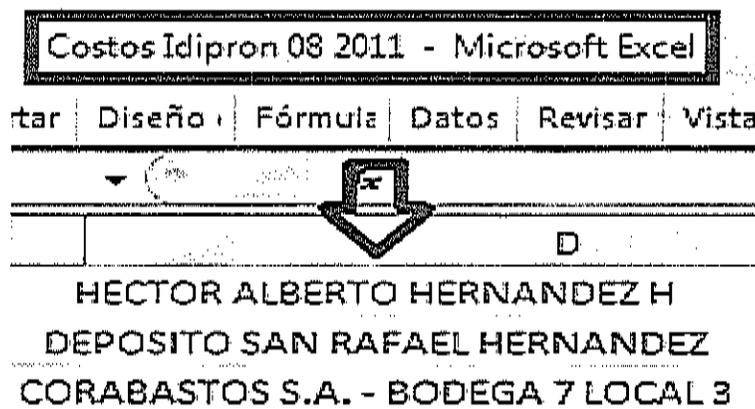
Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 11. Parte final de las hojas de cálculo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ



Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse en las imágenes anteriores, la información contenida en los archivos de *ambos* investigados corresponde a los datos del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Nótese también que esta información reposa tanto en el archivo del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, como en el encontrado en el computador del señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, y para todas las hojas de cálculo referidas con anterioridad.

Otra coincidencia en los referidos archivos de los investigados se encuentra en las hojas de cálculo denominadas "*Costos Oficiales*", en las cuales, no obstante se mantienen las columnas originales del Formato No. 6 descrito anteriormente, se incluyen nuevas columnas adicionales al formato que nuevamente resultan idénticas para uno y otro, como se muestra en la imagen a continuación. Nótese adicionalmente que existe plena concordancia en colores, tamaño de letra, ubicación de la información y espacios entre caracteres:

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 43

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 12. Hoja de Cálculo "COSTOS OFICIALES" del archivo de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

COSTO UNITARIO BASICO HAHH VR UNIT. CON IVA	COSTOS BASICOS VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	COSTO UNITARIO BASICO CON PROTECCION HAHH VR UNIT. CON IVA	COSTOS BASICOS PROTECCION VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	CANTIDAD TOTAL APROXIMADA OFICIAL	PRECIO UNITARIO OFICIAL IVA INCLUIDO	VALOR PARCIAL OFICIAL POR ITEM IVA INCLUIDO
\$47,000.00	\$ 146,214,800.00	\$ 87,000.00	\$ 199,818,000.00	2,168	97,334.00	211,361,408.00
\$6,000.00	\$ 2,442,000.00	\$ 6,000.00	\$ 2,442,000.00	457	6,391.00	2,911,407.00
\$ 18,000.00	\$ 318,000.00	\$ 18,000.00	\$ 318,000.00	47	18,000.00	846,000.00

Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Imagen No. 13. Hoja de cálculo "COSTOS OFICIALES" del archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

COSTO UNITARIO BASICO HAHH VR UNIT. CON IVA	COSTOS BASICOS VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	COSTO UNITARIO BASICO CON PROTECCION HAHH VR UNIT. CON IVA	COSTOS BASICOS PROTECCION VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	CANTIDAD TOTAL APROXIMADA OFICIAL	PRECIO UNITARIO OFICIAL IVA INCLUIDO	VALOR PARCIAL OFICIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	Participación sobre el 100% PRECIO UNIDAD	Participación sobre el 100% PAGOS TOTALES
\$47,000.00	\$ 146,214,800.00	\$ 87,000.00	\$ 199,818,000.00	2,168	97,334.00	211,361,408.00	0.10%	211,361.41
\$6,000.00	\$ 2,442,000.00	\$ 6,000.00	\$ 2,442,000.00	457	6,391.00	2,911,407.00	0.10%	2,911.41
\$ 18,000.00	\$ 318,000.00	\$ 18,000.00	\$ 318,000.00	47	18,000.00	846,000.00	0.10%	846.00

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente³⁴.

³⁴ La información correspondiente a la Imagen No. 12, compilada en el CD del folio 475 si bien obra en la Carpeta Reservada No. 1 del Expediente, no es información sensible, a diferencia de otra obrante en la misma fuente, razón por la cual se publica.

X

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Nótese que dos (2) de las columnas en ambos archivos de los investigados se denominan haciendo uso de las letras "HAHH", las cuales corresponderían a las 4 iniciales de los nombres y apellidos del investigado HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. *Lo anterior cobra relevancia en tanto las mismas iniciales se encuentran en el archivo de su competidor, el también investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, lo cual, a todas luces demuestra que existió un manejo conjunto de las propuestas económicas por parte de los investigados.*

En línea con lo anterior, a continuación se expone la tabla realizada por la Delegatura en la que se relacionan las columnas contenidas en las hojas de cálculo referidas anteriormente. Se debe notar que se añadieron siete (7) columnas nombradas de manera idéntica desde la columna J hasta la P.

Tabla No. 7. Relación de las columnas contenidas en las hojas de cálculo de los archivos de los investigados

	HECTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	ORLANDO RAMIREZ GOMEZ
COLUMNA		
	COLUMNAS PROCEDENTES DEL ORIGINAL DEL FORMATO No.6	
A	Item N°	Item N°
C	Unidad de Medida	Unidad de Medida
D	Descripción detallada y completa del elemento	Descripción detallada y completa del elemento
F	MARCA	MARCA
G	VR. UNIT. SN IVA.	VR. UNIT. SN IVA.
H	%IVA	%IVA
I	VR. IVA en \$	VR. IVA en \$
	COLUMNAS IDENTICAS AGREGADAS POR LOS INVESTIGADOS	
J	COSTO UNITARIO BASICO HAHH	COSTO UNITARIO BASICO HAHH
K	COSTOS BASICOS VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	COSTOS BASICOS VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO
L	COSTO UNITARIO BASICO CON PROTECCIÓN HAHH	COSTO UNITARIO BASICO CON PROTECCION HAHH
M	COSTOS BASICOS PROTEGIDOS VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	COSTOS BASICOS PROTEGIDOS VALOR PARCIAL POR ITEM IVA INCLUIDO
N	CANTIDAD TOTAL APROXIMADA OFICIAL	CANTIDAD TOTAL APROXIMADA OFICIAL
O	PRECIO UNITARIO OFICIAL IVA INCLUIDO	PRECIO UNITARIO OFICIAL IVA INCLUIDO
P	VALOR PARCIAL OFICIAL POR ITEM IVA INCLUIDO	VALOR PARCIAL OFICIAL POR ITEM IVA INCLUIDO
	COLUMNAS AGREGADAS EN EL ARCHIVO DE HECTOR ALBERTO HERNANDEZ	
Q	Participación sobre el 100% PRECIOS UNIDAD	N.A.
R	Participación sobre el 100% PRECIOS TOTALES	N.A.
S	Sin Nombre	
T	Sin Nombre	

Fuente: CDs obrantes a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 y 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 45

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

En adición a lo anterior, al analizar los valores de cada una de las columnas agregadas, se encontró que de los 67 valores de los ítems para el proceso allí reseñados, estos coinciden en 65, tanto en el archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ como en el de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Los únicos dos ítems con valores diferentes entre los archivos considerados son los respectivos a: "ATÚN EN LOMITOS, SIN PROCESO ADICIONAL EN ACEITE EMPACADO EN LARA, PARA UN PESO EQUIVALENTE A 184 GR CADA UNA", y "PAPA SURTIDA (NATURAL Y POLLO) EMPACADA EN BOLSA DE POLIPROPILENO DE ALUMINIO POR UN PESO DE 25 GRAMOS APROXIMADAMENTE".

Frente a lo anterior, CESAR AUGUSTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, hermano del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, y administrador del DEPÓSITO SAN RAFAEL HERNÁNDEZ, manifestó lo siguiente en testimonio rendido ante funcionarios de esta Entidad respecto a su posición comercial y relaciones con ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ:

"PREGUNTA: En el contrato que fue el que se adjudicó que resultó del proceso de contratación SAS 8 de 2011 Subasta Inversa Electrónica adelantada por IDIPRON, ¿ustedes le vendieron mercancía para la ejecución de ese contrato al señor ORLANDO RAMÍREZ?"

RESPUESTA: Nosotros le hemos vendido mercancía a él, él siempre nos ha cotizado la mercancía y como a él le sirven los precios y la financiación y todo lo que nosotros le damos, pues él nos la compra. (...)"

En la misma diligencia, y preguntado CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ sobre la posibilidad de que el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ actuara como proveedor del DEPÓSITO SAN RAFAEL HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, este afirmó lo siguiente:

"No porque nosotros somos mayoristas, nosotros mantenemos unos stock muy grandes de mercancía, entonces nosotros conseguimos directamente la mercancía con los productores directamente. Con vinos, con los ingenios, entonces nosotros tenemos unos volúmenes muy grandes, entonces él es simplemente un comerciante, sería un intermediario de nosotros, esos pasos nosotros ya los obviamos porque compramos directamente a las empresas (...)"

Por su parte, ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ manifestó lo siguiente respecto a la relación comercial con el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en particular durante la ejecución del contrato derivado del Proceso de Subasta SAS-8-2011:

"(...) a veces uno sale al mercado a buscar quien da más barato y ellos a veces compran al por mayor algunos productos que me dan mejor precio (...) pues y lo que digo, financiamiento (...)"

Bajo este contexto, los testimonios arriba citados permiten inferir que la capacidad financiera, de precios y de suministro del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ superaba en varios productos a la del señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, razón por la cual este último acudía constantemente al señor HÉCTOR

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 46

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en busca de suministro y financiación. Por consiguiente, los menores costos unitarios del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, derivados de sus relaciones directas con productores y su tamaño comercial, deberían generar menores costos a los de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, situación que no se presenta en los archivos encontrados, donde se evidencia que en 65 ítems tienen costos idénticos.

De tal suerte, no resultan explicables los precios idénticos de los productos requeridos por el IDIPRON encontrados en los archivos de los investigados analizados, en tanto que, como se señaló anteriormente, no es posible afirmar que ambos investigados compartan una estructura de costos casi idéntica teniendo en cuenta sus tamaños, capacidades y posiciones de mercado relativas.

En adición a lo anterior, se encontró que las hojas de cálculo denominadas "Costos con Protección" de los archivos de los investigados presentan similitud en valores y en formatos utilizados en varias celdas, como se muestra a continuación:

Imagen No.14. Hoja de cálculo "Costos con Protección" del archivo de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

Item N°	Cantidad Solicitada	Unidad de Medida	Descripción detallada y completa del elemento	CUBS	MARCAS	COSTO UNITARIO		VAL IVA en \$	VAL IVA con IVA
						VR UNIT. SIN IVA	% IVA		
1		LITRO	ACEITE COMESTIBLE PUNO SEITVADO DE GRUPO GENERAL DE UNA LITRA PLASTIC EN GARRAFAS DE POLIESTIRENO POR 12 LITROS	1.04.9.1	ESUSOYA-IMPULSION	\$ 78.000,00	10%	\$ 17.000,00	\$ 95.000,00
2		LIBRA	POLIESTIRENO POR LIBRA	1.02.4.1	LEVARAD	\$ 1.172,00	10%	\$ 228,00	\$ 1.400,00
3		GALÓN	MAQUETE DE CONTROL DEGRADO TIPO TORCA REPARADO EN FRASCO PLASTICO GALONES (12), ALIEN	1.04.2.11	LA GARRITA	\$ 19.200,00	0%	\$ 0,00	\$ 19.200,00
4		BOLTO	POLIESTIRENO BULTO SPERES	1.04.4.11	BULLGA-SAN	\$ 410.000,00	0%	\$ 0,00	\$ 410.000,00
5		BOLTO	POLIESTIRENO BULTO SPERES	1.04.4.11.142	SAFARI-SAN RAPHEL TECNICA	\$ 1.200,00	0%	\$ 0,00	\$ 1.200,00
6		BOLTO	POLIESTIRENO BULTO SPERES	1.04.4.11.142	SAFARI-SAN RAPHEL TECNICA	\$ 1.200,00	0%	\$ 0,00	\$ 1.200,00
7		UNIDAD	REPARADO EN LATA DALL CON UNO UNIDAD	1.04.4.11.142	VAN CAMP	\$ 2.500,00	10%	\$ 420,00	\$ 2.920,00

Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente

R

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 15. Hoja de cálculo "Costos con Protección" del archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Item #	Cantidad	Unidad de medida	Descripción de lámina y completa del elemento	CUBS	MARCA	VR. UNIT. SIN IVA	% IVA	VR. IVA en \$	VR. UNIT. CON IVA
1		BIDON	APETE CONVERTIBLE PERO AFINADO DE ORDEN HOSPITAL DE ENLA ISLA FUENTE EN GARDATA DE POLIPROPILENO POR LITROS	1.64.9.1	BOLSOYA SUPRACOR	\$ 75.300.00	16%	\$ 12.048.00	\$ 87.348.00
2		LIRMA	ADHESIVO EN FASCETE PRESENTACION EN BOLSA DE POLIETILENO POR LIRMA	1.61.4.1	LEVAFAN	\$ 1.170.00	16%	\$ 189.12	\$ 1.359.12
2		CAJON	ARMONIO DE CEMENTO INMORTALO TIPO HORTA BUCALADO EN FRASCO PLASTICO CALCONTOR 1.5 KILOGRAMOS	1.64.2.11	LA CAGRETA	\$ 19.500.00	0%	\$ 0.00	\$ 19.500.00
4		BOLITO	APETE ACIDOS TIPO POLIESTER PURIFICADO TIPO COM POLIPROPILENO, BULTO 10 KILOS	1.64.4.11	BOLUCA - SAN MARCEL	\$ 117.000.00	0%	\$ 0.00	\$ 117.000.00
5		ALU	APETE FRASCO TIPO TUBO Y BUCALADO EN BOLSA DE POLIETILENO	1.61.4.11.142	SAN MARCEL FACINICA	\$ 1.200.00	0%	\$ 0.00	\$ 1.200.00
6		ALU	APETE TIPO TUBO BUCALADO EN BOLSA DE POLIETILENO PARA UN BUCALADO TIPO HORTA	1.61.4.11.142	SU DEFRENDA	\$ 1.000.00	0%	\$ 0.00	\$ 1.000.00
7		CHOCAL	APETE TIPO TUBO BUCALADO EN BOLSA DE POLIETILENO PARA UN BUCALADO TIPO HORTA	1.61.4.11.142	VANCRIPS	\$ 2.500.00	16%	\$ 400.00	\$ 2.900.00
8		ALU	APETE TIPO TUBO BUCALADO EN BOLSA DE POLIETILENO PARA UN BUCALADO TIPO HORTA	1.61.4.11.142	SUPER	\$ 2.011.00	16%	\$ 321.76	\$ 2.332.76

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente³⁵.

Como puede observarse en las anteriores imágenes, se incorporó un formato de fondo amarillo para las mismas casillas de ambos archivos, al paso que los valores para las celdas G9, G12, G14, G15 y J9, J12, J14 y J15 son idénticos.

Por su parte, en las hojas de cálculo denominadas "Oferta con Protección" también se encontró que los formatos utilizados (color, tamaño de letra, tamaño de celda) corresponden exactamente uno al otro, como se puede observar en las imágenes a continuación:

³⁵ La información correspondiente a la imagen No. 14, compilada en el CD del folio 475 si bien obra en la Carpeta Reservada No. 1 del Expediente, no es información sensible, a diferencia de otra obrante en la misma fuente, razón por la cual se publica.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 48

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 16. Hoja de cálculo "Oferta con Protección" del archivo de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

OFERTAS CON PRECIOS PROTEGIDOS MAS MARGEN E IVA											
COSTO UNITARIO	COSTO UNITARIO * 1.15 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.24 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.29 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.32 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.31 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.28 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.29 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.29 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.29 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.24 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.24 + IVA
1	94.250,00	97.520,00	96.790,00	94.900,00	95.290,00	94.500,00	91.750,00	91.000,00	91.250,00	91.500,00	91.750,00
2	6.775,32	6.715,93	6.671,89	6.623,18	6.584,44	6.514,72	6.485,22	6.414,24	6.381,58	6.329,34	6.258,12
3	21.475,00	21.230,00	21.025,00	20.845,00	21.045,00	21.490,00	21.135,00	21.490,00	20.890,00	20.470,00	20.470,00
4	131.250,00	131.100,00	129.950,00	128.870,00	127.690,00	126.550,00	124.950,00	124.250,00	123.050,00	121.900,00	120.750,00
5	1.472,00	1.432,25	1.406,42	1.411,60	1.402,00	1.408,00	1.395,20	1.382,40	1.369,60	1.356,80	1.344,00
6	1.640,00	1.614,00	1.600,00	1.572,00	1.572,00	1.572,00	1.544,00	1.516,00	1.512,00	1.486,00	1.480,00
7	2.275,00	2.240,00	2.220,00	2.200,00	2.175,00	2.150,00	2.125,00	2.100,00	2.075,00	2.050,00	2.025,00
8	2.634,45	2.614,33	2.594,19	2.574,00	2.553,87	2.533,66	2.513,45	2.493,24	2.473,03	2.452,82	2.432,61
9	121.250,00	120.200,00	120.150,00	118.100,00	120.050,00	120.000,00	124.900,00	121.800,00	121.850,00	121.800,00	120.750,00

Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

K

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No.17. Hoja de cálculo "Oferta con Protección" del archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

	COSTO UNITARIO	COSTO UNITARIO * 1.15 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.16 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.17 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.18 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.19 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.20 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.21 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.22 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.23 + IVA	COSTO UNITARIO * 1.24 + IVA
1											
2											
3											
4											
5											
6											
7											
8											
9											
10											
11											
12											
13											
14											
15											
16											

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente³⁶.

Las anteriores imágenes revelan que a partir de la columna "K" aparecen diferentes adiciones porcentuales al costo unitario con IVA en ambos archivos. Estas adiciones son presentadas con el nombre de "OFERTAS CON PRECIOS PROTEGIDOS MAS MARGEN E IVA" y coinciden en un 100% para los dos investigados. Igualmente, en las hojas de cálculo "Ofertas con Básicos", se encontraron coincidencias exactas en cuanto a los tipos de letra, tamaños de casillas, encabezado e información final y en la gran mayoría de valores asociados.

Asimismo, en las hojas de cálculo denominadas "ANALISIS 1" y "ANALISIS 2" se encontraron varias similitudes, como se puede apreciar en las siguientes imágenes:

³⁶ La información correspondiente a la imagen No. 16, compilada en el CD del folio 475 si bien obra en la Carpeta Reservada No. 1 del Expediente, no es información sensible, a diferencia de otra obrante en la misma fuente, razón por la cual se publica.

AL

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 50

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No.18. Hoja de cálculo "ANÁLISIS 1" del archivo de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

A		B	C	D	E	F	G	H
1								
2	PRESUPUESTO OFICIAL		\$2,566,949,503			ADMINISTRACION 2011		
3								
4	COSTOS DIRECTOS MERCANCIA CON PROTECCION (5%)		\$ 2,101,564,968			CESAR	\$ 50,400,000	
5	TRANSPORTE & ENTREGAS MENSUALES X 12 MESES		\$ 14,400,000			HECTOR	\$ 41,400,000	
6	COSTO DIRECTO TOTAL APROX		\$2,116,964,968			ELKIN	\$ 14,400,000	
7						RAUL	\$ 12,600,000	
8						ARRIENDOS	\$ 48,000,000	
9	OFERTA PROBABLE ADJUDICACION		\$ 2,300,000,000			TELEFONOS	\$ 2,400,000	
10	OFERTA ECONOMICA (Incluye 75% Administración y 1% Probables Costos Financieros)					SEGUROS BODEGAS	\$ 6,000,000	
11	PUBLICACION CONTRATO APROXIMADO		\$ 5,600,000			TOTAL APROX ANUAL		
12	POLIZAS GENERALES DEL CONTRATO APROXIMADO		\$ 7,600,000					\$ 175,200,000
13								
14	ESTAMPILLA PROCULTURA 0.5%		\$ 12,834,748					
15	ESTAMPILLA PRO ADULTO MAYOR 0.5%		\$ 12,834,748					
16	ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DISTRITAL 1%		\$ 25,669,495					
17	RETEFUENTE 3.5%		\$ 44,921,616					
18	4.14/1000 RETEICA		\$ 10,617,171					
19								
20	SERVICIO BOLSA AGROPECUARIA 0.3%		\$ 38,504,243					
21	ADMINISTRACION : 75% DEL TOTAL		\$ 131,400,000					
22	COSTOS FINANCIEROS 1%		\$ 25,669,495					
23	TOTAL APROXIMADO OTROS COSTOS INDIRECTOS		\$314,461,515					
24								
25	SUMATORIA COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS		\$ 2,431,426,483					
26								
27	UTILIDAD INICIAL 10% / COSTOS DIRECTOS		\$ 211,696,497					
28								
29	SUMATORIA C. DIRECTOS + C. INDIRECTOS + U=10%		\$ 2,643,122,980					

Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

R

RESOLUCIÓN NÚMERO 00 053914 DE 2013 Hoja N°. 51

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No.19. Hojas de cálculo "ANÁLISIS 1" del archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

		Costos Directos 2011 - Mi result excel			
		=H12*0,75			
A	B	C	D	E	F
1					
2	PRESUPUESTO OFICIAL	\$ 2.500.948.508			
3					
4	COSTOS DIRECTOS MERCANCIA CON PROTECCION (3%)	\$ 2.124.255.690	82,75%		
5	TRANSPORTE Y ENTREGAS MENSUALES X 12 MESES	\$ 14.400.000	0,50%		
6	COSTO DIRECTO TOTAL APROX	\$ 2.138.655.690	83,22%		
7					
8					
9	OFERTA PROBABLE ADJUDICACION	\$ 2.500.000.000	89,00%		
10	OFERTA ECONOMICA (Incluye 75% Administracion y 1% Probables Costos Financieros)		0,00%		
11	PUBLICACION CONTRATO APROXIMADO	\$ 5.000.000	0,19%		
12	POLIZAS GENERALES DEL CONTRATO APROXIMADO	\$ 7.000.000	0,27%		
13			0,00%		
14	ESTAMPILLA PRODCULTURA 0,5%	\$ 12.804.748	0,50%		
15	ESTAMPILLA PRO ADULTO MAYOR 0,8%	\$ 12.824.748	0,50%		
16	ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DISTRITAL 1%	\$ 25.649.495	1,00%		
17	RETEFUENTE 9,5%	\$ 49.871.816	1,75%		
18	4.34/2000 RETEICA	\$ 10.027.171	0,41%		
19			0,00%		
20	SERVICIO BOLSA AGROPECUARIA 0,5%	\$ 12.804.748	0,50%		
21	ADMINISTRACION : 75% DEL TOTAL	\$ 159.468.000	5,72%		
22	COSTOS FINANCIEROS 1%	\$ 25.649.495	1,00%		
23	TOTAL APROXIMADO OTROS COSTOS INDIRECTOS	\$ 318.468.315	12,28%		
24					
25	SUMATORIA COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS	\$ 2.458.117.205	95,57%		
26					
27	UTILIDAD INICIAL 10 % / COSTOS DIRECTOS	\$ 213.805.009	8,33%		

ADMINISTRACION 2011	
CESAR	\$ 50.400.000
HECTOR	\$ 45.400.000
ELKIN	\$ 14.400.000
TAUL	\$ 12.000.000
ARRIENDOS	\$ 48.000.000
TELEFONOS	\$ 3.400.000
SEGUROS SOBECAS	\$ 6.000.000
TOTAL APROX ANUAL	\$ 175.000.000

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente³⁷.

³⁷ La información correspondiente a la imagen No. 18, compilada en el CD del folio 475, si bien obra en la Carpeta Reservada No. 1 del Expediente, no es información sensible, a diferencia de otra obrante en la misma fuente, razón por la cual se publica.

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 52

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 20. Hoja de cálculo "ANÁLISIS 2" del archivo de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

		Costos%20directos%20y%20indirectos(1) - Microsoft Excel	
		f2	
	A	B	C
2	RECURSOS OFICIALES		\$ 2.968.949.203
4	COSTOS DIRECTOS MERCANCIA CON PROTECCION (5%)		\$ 1.839.881.074
5	TRANSPORTE E ENTREGAS MENSUALES X 12 MESES		\$ 14.480.000
6	COSTO DIRECTO TOTAL APROX		\$ 1.854.361.074
9	OFERTA PROBABLE ADJUDICACION		\$ 2.300.000.000
10	OFERTA ECONOMICA (incluye 25% Administracion y 1% Probables Costos Financieros)		
11	PUBLICACION CONTRATO APROXIMADO		\$ 5.000.000
12	POLIZAS GENERALES DEL CONTRATO APROXIMADO		\$ 7.000.000
14	ESTAMPILLA PRO CULTURA 0.5%		\$ 12.834.748
15	ESTAMPILLA PRO ADULTO MAYOR 0.5%		\$ 12.834.748
16	ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DISTRITAL 1%		\$ 75.608.485
17	RETEFUENTE 8.5%		\$ 44.923.616
18	4.14/2000 RETELCA		\$ 10.027.373
20	SERVICIO BOLSA AGROPECUARIA 0.5%		\$ 58.504.283
21	ADMINISTRACION : 80% DEL TOTAL		\$ 87.600.000
22	COSTOS FINANCIEROS 1%		\$ 25.609.485
23	TOTAL APROXIMADO OTROS COSTOS INDIRECTOS		\$ 270.661.515
24			
25	SUMATORIA COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS		\$ 2.124.942.589
26			
27	UTILIDAD INICIAL 10 % / COSTOS DIRECTOS		\$ 185.128.107
28			
29	SUMATORIA E. DIRECTOS + C. INDIRECTOS + U=10%		\$ 2.309.870.696

ADMINISTRACION 2011	
CESAR	\$ 50.400.000
HECTOR	\$ 41.400.000
ELKIN	\$ 14.400.000
RAUL	\$ 17.600.000
ARRIENDOS	\$ 48.000.000
TELEFONOS	\$ 2.400.000
SEGUROS BODEGAS	\$ 6.000.000
TOTAL APROX ANUAL	\$ 175.200.000

Fuente: CD obrante a folio 526 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No.21. Hoja de cálculo "ANÁLISIS 2" del archivo DE HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

	A	B	C	D	E	F	G	H	I
2	INSTRUMENTO OFICIAL		\$ 1.566.349,503						ADMINISTRACION 2011
3									
4	COSTOS DIRECTOS MERCANCIA SIN PROTECCION (5%)		\$ 1.838.481,014	77,40%	77,40%				YSAB \$ 50.400,000
5	TRANSPORTE Y MANUTENCIONES MENSAJES Y T2 MPSPK		\$ 14.400,000	0,50%	0,50%				HECTOR \$ 41.400,000
6	COSTO DIRECTO TOTAL APROX.		\$ 1.852.881,014	77,90%	77,90%				FRAN \$ 14.400,000
7									PAUL \$ 12.600,000
8									ARHINDON \$ 44.000,000
9	OFERTA PROBABLE ADJUDICACION		\$ 2.320.000,000	89,80%	89,80%				TELEFONOS \$ 2.400,000
10	OFERTA ECONOMICA (Incluye 75% ADMINISTRACION, y 1% Probables Costos Financieros)								SEGUNOS BODIGAS \$ 4.000,000
11	PUBLICACION CONTRATO APROXIMADO		\$ 3.000,000	0,13%	0,13%				CIJALAHORABUJA \$ 17.700,000
12	POLIZAS GENERALES DEL CONTRATO APROXIMADO		\$ 7.000,000	0,30%	0,30%				
13									
14	ESTAMPILLA PRODUCCION 0,25%		\$ 12.834,748	0,50%	0,50%				
15	ESTAMPILLA PAGO ADULTO MAYOR 0,5%		\$ 12.854,748	0,50%	0,50%				
16	ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DISTRITAL 1%		\$ 25.689,495	1,00%	1,00%				
17	RETEFUENTE 3,25%		\$ 44.922,010	1,75%	1,75%				
18	4 14/1000 RETIFICA		\$ 10.637,171	0,41%	0,41%			4,03% POLIZAS E IMPUESTOS FUJOS	
19									
20	SERVICIO BOLSA AGRICOLA SOBRE EL 0,5% DEL VA CONTRATO K 0,3%		\$ 16.504,243	0,50%	0,50%				
21	ADMINISTRACION - 50% DEL TOTAL		\$ 67.800,000	2,41%	2,41%				
22	COSTOS FINANCIEROS 3%		\$ 23.889,493	0,80%	0,80%				
23	TOTAL APROXIMADO OTROS COSTOS INDIRECTOS		\$ 231.007,515	10,54%	10,54%				
24									
25	SUMATORIA COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS		\$ 2.143.507,534	84,50%	84,50%				
26									
27	UTILIDAD INICIAL 10% / COSTOS DIRECTOS		\$ 187.264,104	7,30%	7,30%				
28									
29	SUMATORIA C. DIRECTOS + C. INDIRECTOS + U-10%		\$ 2.330.786,634	90,80%	88,93%				
30									
31			\$ 2.331.342,00						
32									
33	23,38%	71,50%	\$ 1.806.909,00			RASICO			
34	13,80%	84,20%	\$ 1.982.952,04			17,64%			
35	17,74%	87,20%	\$ 1.817.778,80			13,13%			

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente³⁰.

Revisadas las anteriores imágenes, este Despacho, en consonancia con lo expuesto por la Delegatura, advirtió lo siguiente:

- Aunque no existía ningún formato similar que contemplara costos directos, indirectos, oferta económica y detalle de personal en los documentos oficiales del Proceso de Subasta SAS-8-2011, los dos archivos contienen el mismo cuadro con los mismos colores, tamaño, tipo de letra, casi la totalidad de valores y los nombres de la administración.
- Los valores en el archivo del computador perteneciente a ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ cambian respecto a los del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ en el concepto de "COSTOS DIRECTOS MERCANCÍA CON PROTECCIÓN (5%)". A partir de esta diferencia se modifican los valores restantes.

³⁰ La información correspondiente a la imagen No. 20, compilada en el CD del folio 475 si bien obra en la Carpeta Reservada No. 1 del Expediente, no es información sensible, a diferencia de otra obrante en la misma fuente, razón por la cual se publica.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 54

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

- c) El documento de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, tanto para la hoja de Excel "ANALISIS 1" como para "ANALISIS 2", siempre considera expresiones porcentuales de valores que el archivo de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ no contiene.
- d) La hoja de cálculo "ANALISIS 2" posee en la parte final tres descuentos diferentes sobre una oferta de \$2.331.342, siendo estos de 28.50%, 15.80% y 17.74%. Dichos descuentos no se presentan en los archivos del señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

En línea con lo señalado por la Delegatura, de la lectura del archivo que se pone de presente a continuación, en donde aparecen diferentes descuentos porcentuales sobre un valor base de \$ 2.331.342, se puede inferir que ésta sería la guía para realizar los lances durante el procedimiento de subasta inversa electrónica del Proceso de Subasta SAS-8-2011:

Imagen No. 22. Hoja de cálculo "Modelo Ofertas Subasta" del archivo de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Costos Idipron DR 2011 - Microsoft Excel

Inicio Insertar Diseño de página Fórmulas Datos Revisar Vista

C34 Costo Directo con Protección 1% Artículos importantes SIN U

	A	B	C	D	E	F	G
1	Porcentaje	\$ 2.331.342,00					\$ 2.566.949.503,00
2	Ofertas	Precios Unitarios	←	PRESUPUESTO OFICIAL		↓	Cantidades Totales
3	100%	\$ 2.331.342,00		PRESUPUESTO OFICIAL			\$ 2.566.949.503,00
4	100%	\$ 2.331.342,00		PROPOSTA INICIAL OFICIAL DE ORLANDO RAMIREZ			\$ 2.566.949.503,00
5	99,98%	\$ 2.330.904,00		PROPOSTA INICIAL OFICIAL DE HAHH		←	\$ 2.566.436.113,10
6	99%	\$ 2.308.028,58		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 19%			\$ 2.541.280.007,97
7	98%	\$ 2.284.715,16		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 18%			\$ 2.515.610.512,94
8	97%	\$ 2.261.401,74		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 17%			\$ 2.489.941.017,91
9	96%	\$ 2.238.088,32		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 16%			\$ 2.464.271.522,88
10	95%	\$ 2.214.774,90		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 15%			\$ 2.438.602.027,85
11	94%	\$ 2.191.461,48		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 14%			\$ 2.412.932.532,82
12	93%	\$ 2.168.148,06		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 13%			\$ 2.387.263.037,79
13	92%	\$ 2.144.834,64		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 12%			\$ 2.361.593.542,76
14	91%	\$ 2.121.521,22		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 11%			\$ 2.335.924.047,73
15	90%	\$ 2.098.207,80		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.310.254.552,70
16	89%	\$ 2.074.894,38		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 9%			\$ 2.284.585.057,67
17	88%	\$ 2.051.580,96		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 8%			\$ 2.258.915.562,64
18	87%	\$ 2.028.267,54		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 7%			\$ 2.233.246.067,61
19	86%	\$ 2.004.954,12		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 6%			\$ 2.207.576.572,58
20	85%	\$ 1.981.640,70		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 5%			\$ 2.181.907.077,55
21	84%	\$ 1.958.327,28		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 4%			\$ 2.156.237.582,52
22	83%	\$ 1.935.013,86		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 3%			\$ 2.130.568.087,49
23	82%	\$ 1.911.700,44		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 2%			\$ 2.104.898.592,46
24	81%	\$ 1.888.387,02		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 1%			\$ 2.079.229.097,43
25	80%	\$ 1.865.073,60		C.Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos SIN Utilidad			\$ 2.053.559.602,40
26	79%	\$ 1.841.760,18		Costo Directo con Protección 9% Artículos importantes SIN U			\$ 2.027.890.107,37
27	78%	\$ 1.818.446,76		Costo Directo con Protección 8% Artículos importantes SIN U			\$ 2.002.220.612,34

AK

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 55

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

32	74%	\$ 1.725.193,08	Costo Directo con Protección 3% Artículos Importantes SIN U	\$ 1.899.542.632,22
33	73%	\$ 1.701.879,66	Costo Directo con Protección 2% Artículos Importantes SIN U	\$ 1.873.873.137,19
34	72%	\$ 1.678.566,24	Costo Directo con Protección 1% Artículos Importantes SIN U	\$ 1.848.203.642,16
35	71%	\$ 1.655.252,82	Costos Directos Julio 2011	\$ 1.822.534.147,13
36	70%	\$ 1.631.939,40	Costos Directos Agosto 2011	\$ 1.796.864.652,10
37	69%	\$ 1.608.625,98	PRECIO MINIMO DE OFERTAR	\$ 1.771.195.157,07

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente³⁹.

Como puede observarse, la hoja anterior se refiere a un ejercicio de simulación de los valores posibles a proponer en la subasta inversa, en caso de resultar el señor HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ como habilitado en el proceso. No obstante, ésta no sería una simulación normal o regular, ya que como se observa, en las celdas C4, D4, E4 y F4 aparece el nombre del investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, y a su izquierda en la celda B4 el valor de \$2.331.342 correspondiente a los precios unitarios. Al respecto, y conforme la información obrante en el expediente, se determinó que este valor es el que ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ efectivamente presentó en su propuesta económica⁴⁰ en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 cursado por el IDIPRON, la cual se muestra a continuación:

Imagen No.23. Oferta económica de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

PROPUESTA PRESENTADA POR: ORLANDO RAMIREZ GOMEZ
 PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA No. SAS-8 DE 2011.
 PROTECCION DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD
IDIPRON
OFERTA ECONOMICA

UNIDAD DE MEDIDA	NOMBRE DEL ELEMENTO	MARCA	VALOR UNITARIO	Porcentaje Iva	IVA (SI APLICA)	VALOR TOTAL (Valor unitario más el IVA si aplica)
BIDÓN	ACEITE COMESTIBLE PURO REFINADO DE ORIGEN VEGETAL DE UNA SOLA FUENTE, EN GARRAPA DE POLIPROPILENO POR 20 LITROS	EMPERADOR	84.100	16%	13.456	97.556
LIBRA	AVONIGLI EN PAQUETE PRESENTACION EN SOLLA DE POLIETILENO POR LIBRA	LEVAPAN	5.345	16%	855	6.200
GALÓN	AREQUIPE DE CONSUMO DOMESTICO TIPO TORTA, EMPACADO EN FRASCO PLASTICO DE LON POR 2,5 KILOS	LA CARRETA	15.517	16%	2.483	18.000
BULIO	ARROZ BLANCO TIPO 1 GRADO 1 EMPACADO EN SACO DE POLIPROPILENO BULTO 10 KILOS	BOLUGA	128.125	0%	0	128.125

³⁹ La información correspondiente a la imagen No. 21, compilada en el CD del folio 475 si bien obra en la Carpeta Reservada No. 1 del Expediente, no es información sensible, a diferencia de otra obrante en la misma fuente, razón por la cual se publica.

⁴⁰ Documento obrante a folios 405 a 409 del Cuaderno público No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 56

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

KILO	SALMADO DE TRIGO EMPACADO EN BOLSA DE POLIETILENO POR UN KILO	RICAURTE	1.247	16%	199	1.446
LITRO	ARDEN EN ACEITE EMPACADA EN LATA X 425 GRS CADA UNA	LOBO DE MAR	3.054	16%	489	3.543
GALÓN	TINTURA DE CARAMELO EMPACADA EN ENVASE PLASTICO X 1.783 CC APROX	LEVAPAN	32.000	16%	5.120	37.120
CAJA	LETA PARA EMPACADA EN BOLSA DE POLIETILENO PRESENTACION CAJA POR 16 KILOS	MAGOLO	59.688	0%	0	59.688
GALON	VENAGRE EMPACADO EN ENVASE PLASTICO X 1.783 CC APROX	DEL CASINO	6.025	16%	964	6.989
VALOR TOTAL DE LA SUMATORIA DE LOS ITEMS						2.331.342
<i>Validez de la Oferta: 90 Días a partir de la presentación</i>						

Orlando Ramirez Gomez
C.C No. 79.497.344 de Bogota

Fuente: Documento obrante a folios 405 al 409 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Sobre lo anterior, resulta pertinente anotar que el hecho de que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ elabore modelos a ofertar durante procedimientos de subasta precisamente con base en la oferta efectivamente presentada por el otro investigado, el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, de ninguna manera es justificable en un escenario de competencia. En este sentido, es totalmente claro que hubo un acuerdo previo de los investigados en relación con las ofertas para el Proceso de Subasta SAS-8-2011, con el objetivo de elaborar de manera conjunta una estrategia para aumentar las posibilidades de que resultara adjudicado para uno de estos.

8.4.2.3.2. Archivos relacionados con las observaciones presentadas al informe de evaluación

Una vez cerrado el proceso y realizada la evaluación de las propuestas presentadas por parte del comité evaluador de IDIPRON, los proponentes tenían la oportunidad de presentar sus observaciones al informe de evaluación publicado por la entidad.

Dentro de los archivos extraídos del equipo de cómputo del DEPÓSITO SAN RAFAEL HERNÁNDEZ⁴¹, establecimiento de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, se encontraron archivos relacionados con las observaciones presentadas por el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ en el transcurso del Proceso de Subasta SAS-8-2011, documentos que deben pertenecer y ser elaborados propiamente por cada uno de los proponentes.

En las imágenes que se muestran a continuación se pone de presente el archivo en formato Word denominado "Copia (5) de Correspondencia Membrete Orlando Ramirez", con fecha de modificación 05/07/2011, correspondiente a las observaciones presentadas por el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ a la evaluación del Proceso de Subasta SAS-8-2011. Este archivo fue obtenido en el

⁴¹ Documento obrante en CD a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 57

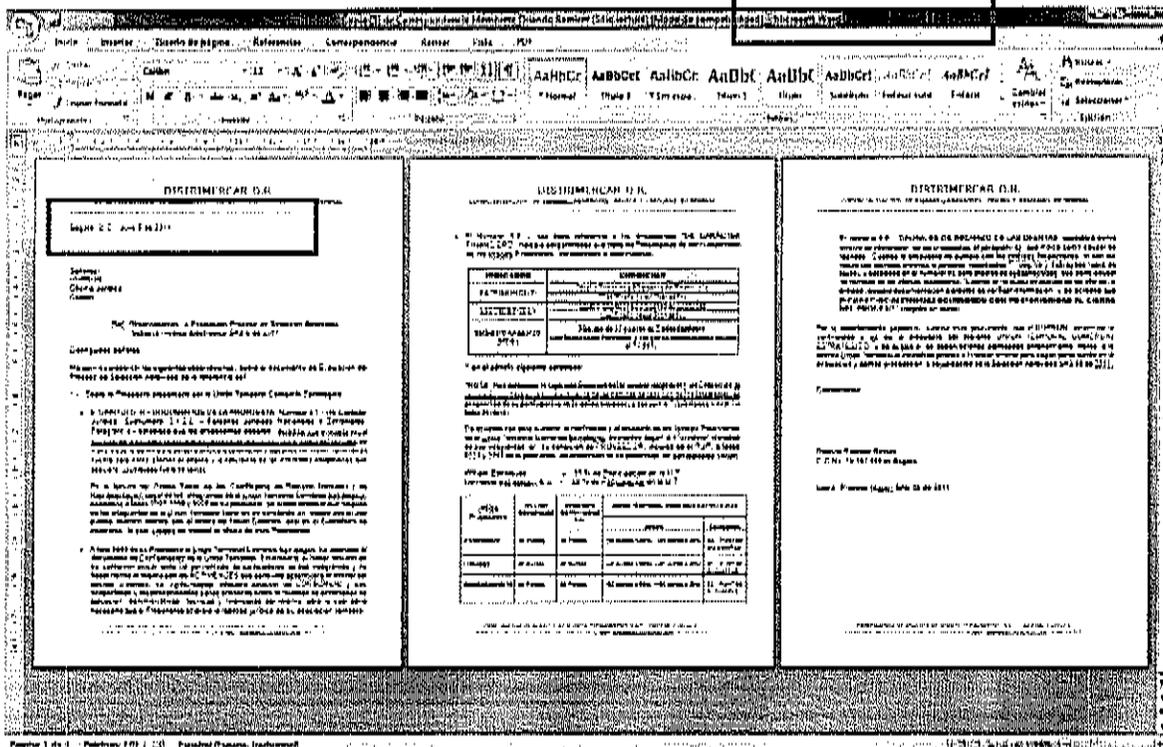
"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

computador de su competidor el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

Imagen No. 24. Archivos extraídos del equipo de cómputo del DEPÓSITO SAN RAFAEL HERNÁNDEZ



Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente⁴².

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los documentos disponibles para los interesados en el proceso de selección son publicados en internet en formato PDF, por consiguiente, resulta claro que el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ únicamente debería tener acceso al documento en formato PDF, más no al documento en formato Word correspondiente al archivo original que supuestamente debió preparar independientemente el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

En efecto, el archivo disponible al público es el que se muestra a continuación. Nótese que se trata de un documento en formato PDF:

⁴² La información correspondiente a la imagen No. 23, compilada en el CD del folio 475 si bien obra en la Carpeta Reservada No. 1 del Expediente, no es información sensible, a diferencia de otra obrante en la misma fuente, razón por la cual se publica.

X

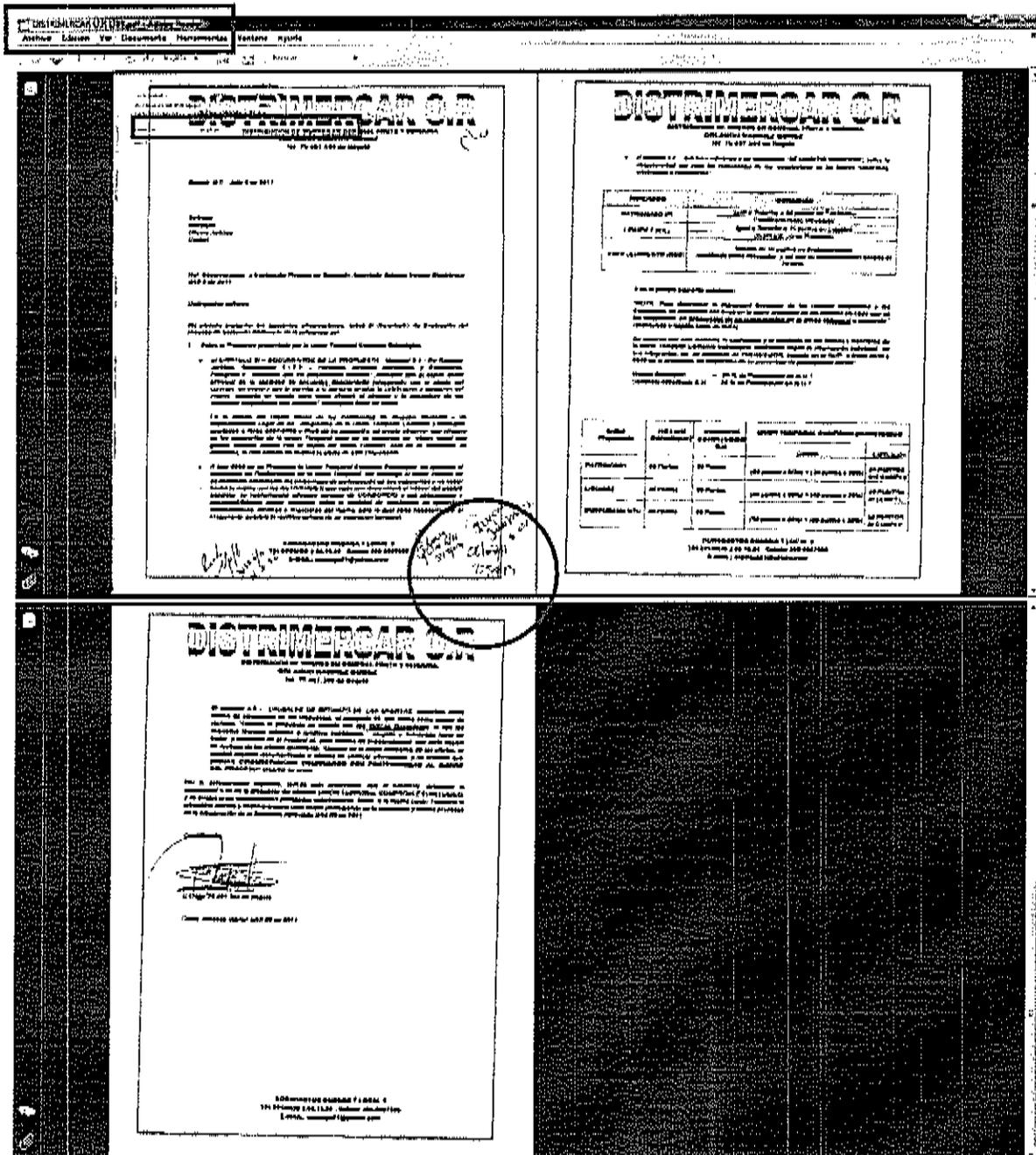
RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 58

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 25. Archivo publicado en internet – Observaciones presentadas por ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ



Fuente: Documento obrante en CD a folio 531 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

8.4.2.4. Coincidencias encontradas en las propuestas de los investigados

Siguiendo el ejercicio realizado por la Delegatura, se analizaron las propuestas entregadas por los distintos participantes en el proceso, de lo cual se advirtió que los señores ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, anexaron documentos relacionados con los vehículos para transportar los alimentos y el carné de manipulación de alimentos con los que debía contar el contratista.

K

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 59

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Al respecto, debe resaltarse que el requisito relacionado con la acreditación de vehículos para transportar alimentos, así como el de acreditación del carnet de las personas responsables de la manipulación de los alimentos, no se encontraba en el pliego de condiciones definitivo como un factor de habilitación ni de calificación. Por tal razón, al revisar las demás propuestas presentadas en el proceso, esto es, la de la UNIÓN TEMPORAL COMERCIO ESTRATÉGICO y la de VENTAS INSTITUCIONALES, no se encontró que dichas empresas hubiesen acreditado tal requisito, lo cual fue realizado únicamente por los investigados. Lo anterior corresponde nuevamente a un hecho indicador de la colusión entre los señores ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ para el Proceso de Subasta SAS-8-2011, pues no resulta explicable que juntos presentaran una acreditación que por demás no era necesaria y que no presentó ninguno de sus competidores.

Sobre este particular, también se verificó que las acreditaciones presentadas versaban sobre los mismos vehículos, como se muestra en la tabla a continuación, construida a partir de la información obrante en las propuestas de los investigados:

Tabla No.8. Comparación de los vehículos certificados por HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

VEHICULO	HÉCTOR ALBERTO HERNANDEZ HERNANDEZ				ORLANDO RAMIREZ GOMEZ			
	MARCA	PLACA	MODELO	TIPO	MARCA	PLACA	MODELO	TIPO
1	CHEVROLET NNR PARTNER	SLH-803	2010	FURGON	CHEVROLET NNR PARTNER	SLH-803	2010	FURGON
2	CHEVROLET LUV	BHN-568	1996	FURGON	CHEVROLET LUV	BHJN568	1996	FURGON
3	CHEVROLET NHR	SXX-379	2011	FURGON	CHEVROLET NHR	SXX-379	2011	FURGON

Fuente: Elaboración SIC a partir de información obrante a folios 79 a 93 del Cuaderno Público No. 1 y 280 a 284 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Aunado a lo anterior, se encontró que de los tres vehículos cuya disposición acreditó el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, según certificaciones obrantes en el expediente, uno fue puesto a su disposición por el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ⁴³ y los dos restantes por la señora CLARA INÉS TORRES R., cónyuge de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en su calidad de Representante Legal de la sociedad PROVEE INSTITUCIONAL LTDA.

Al respecto, el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ manifestó lo siguiente en el interrogatorio rendido ante esta Entidad:

"PREGUNTA: *¿En qué otras cosas le colaboró usted al señor Orlando Ramírez para que participara en la subasta inversa 008 de 2011?*

RESPUESTA: *Para ese proceso a petición de él le ofrecí prestarle un vehículo de mi propiedad y le informé que en una empresa de la cual hago parte con mi esposa que ella le podría suministrar dos vehículos adicionales para cumplir un requisitos de los términos de referencia que pedía que los proponentes tuvieran tres vehículos para el*

⁴³ Certificación obrante a folio 80 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Q

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

trasporte de alimentos con licencia sanitaria y con el permiso de la secretaria de salud vigentes".

Así bien, sobre este punto se concluye que la acreditación conjunta de requisitos innecesarios y el hecho que las certificaciones de ambos investigados versen sobre los mismos automóviles que, de hecho, son propiedad de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y su cónyuge, nuevamente resultan en hechos indicadores de la colusión entre los señores HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ,

8.4.2.5. Racionalidad económica de los investigados

No obstante las pruebas señaladas en párrafos anteriores son suficientes para concluir que existió colusión entre los investigados en el proceso de contratación adelantado por IDIPRON, a continuación este Despacho realizará un análisis de la racionalidad económica que precedió la participación de los agentes que ejecutaron el acuerdo anticompetitivo en el Proceso de Subasta SAS-8-2011. En esta medida, se revisarán los incentivos que se presentaron en el proceso convocado por el IDIPRON para que los investigados llevarán a cabo un pacto colusorio, siguiendo el marco teórico expuesto por la Delegatura en su Informe Motivado.

Es importante puntualizar que la subasta inversa no tuvo lugar, dado que de los cuatro licitantes interesados inicialmente en el proceso, finalmente sólo quedó habilitado el investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, quien resultó como adjudicatario. Así las cosas, no es posible comparar el marco teórico mencionado con la evolución de las pujas observadas en la subasta. No obstante lo anterior, y como se expuso en detalle en los acápite anteriores, se encontró un archivo de Excel en los computadores de ambos investigados que contenía una senda de pujas por parte de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Este archivo servirá para validar la robustez del marco teórico propuesto por la Delegatura.

Desde esta perspectiva, a continuación se describirán las normas relevantes respecto de las subastas previstas y contenidas en los pliegos de condiciones del Proceso de Subasta SAS-8-2011 del IDIPRON. Luego, se revisará la dinámica competitiva que se daría en la subasta, de existir libre competencia entre cuatro licitantes en el proceso y, seguidamente, se revisará el mismo escenario cuando dos de los cuatro licitantes coluden. Finalmente, se analizará la robustez argumental de este último escenario tomando el archivo de Excel antes referenciado.

8.4.2.5.1. Normas de la subasta prevista para el Proceso de Subasta SAS-8-2011 del IDIPRON

En los pliegos de condiciones se estableció que la subasta a la baja prevista para el Proceso de Subasta SAS-8-2011 sería de la modalidad de precio invisible y que se ejecutaría de manera electrónica y remota (esto es, cada participante en sus respectivas sedes a través de una conexión a internet) durante 30 minutos en la fecha y hora establecidas. Así, cada licitante haría sus pujas de manera remota a través de un computador propio y, tras cada lance, el licitante en cuestión sabría en qué orden de escogencia quedaría su puja, sin saber cuáles han sido las pujas emitidas por sus competidores ni sus órdenes de escogencia. Estas normas

2

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

establecidas para la subasta incidían en la opacidad del proceso, ayudando a que en condiciones normales no se facilitaran condiciones colusorias.

Por otro lado, se estableció que el precio de arranque de la subasta sería el menor presentado por los oferentes durante la presentación de los documentos habilitantes y que cada nueva puja de un licitante debería contar con una rebaja de al menos un 1% con respecto a su propia puja anterior.

De tal suerte, el adjudicatario del contrato sería aquel licitante que pujase el precio más bajo a lo largo del proceso.

8.4.2.5.2. Escenario cuando no existe colusión en el proceso

Para describir un escenario en el que no existe colusión en el proceso (y el siguiente, que considera la presencia de colusión), se debe tener en cuenta que los licitantes tienen un valor de reserva a la hora de participar en la subasta. Como bien describe la Delegatura, el valor de reserva de un licitante sería el valor mínimo al que dicho licitante está dispuesto a pujar, es decir, un licitante en cuestión estará dispuesto a pujar a la baja en la subasta hasta que su puja llegue a dicho valor de reserva.

En efecto, si un licitante pujara por debajo de su valor de reserva y resultase el adjudicatario, su beneficio resultaría negativo, por lo que el licitante hubiera preferido no pujar por debajo de su valor de reserva, incluso si eso no le otorgara el éxito en el proceso. En otras palabras, el licitante prefiere perder la licitación y no obtener ningún beneficio a ganar la licitación con un precio por debajo de su valor de reserva (lo que le produciría un beneficio negativo o pérdidas).

Este valor de reserva contiene los costos de ejecución del contrato subastado, pero también el margen de beneficio mínimo que consideraría el licitante a la hora de tomar el contrato. Para efectos de la explicación en este aparte, se considerará que este valor es exógeno y aleatorio, por lo que cada licitante presentará un valor de reserva distinto. Sin embargo, como bien señala la Delegatura, el valor de reserva de cada licitante es información privada de cada uno, es decir, que cada licitante sabe cuál es su valor de reserva, pero no cuál es el de los demás.

De lo anterior se deduce que el ganador de la subasta será aquel licitante que presente un valor de reserva menor, pues ése será capaz de pujar más bajo que el resto. Sin embargo, para que su beneficio final sea el mayor posible, ese licitante querrá que su última puja ganadora emitida sea lo más cercana posible al segundo valor de reserva menor. De esta forma, dada una distribución de valores de reserva entre los licitantes, el licitante adjudicatario conseguirá los mayores beneficios posibles. Por lo anterior, el licitante con menor valor de reserva y, en consecuencia, ganador del proceso, buscará hacer pujas con rebajas muy reducidas con el objeto de que, cuando el último licitante salga de la subasta, consiga ganar el proceso con la puja más alta posible.

Sin embargo, como ya se ha indicado previamente, debe tenerse en cuenta que, tras cada puja, el licitante en cuestión sólo sabe en qué orden de escogencia queda la misma. Si los licitantes supieran exactamente cuál es la puja menor en un momento dado, el licitante que observara que su valor de reserva es menor que dicha puja,

2

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

podría ofertar un precio mínimamente inferior. De esta manera, si nadie rebajara su último lance, el licitante estaría maximizando su beneficio al ganar la subasta con el mayor precio posible. Así, este proceso se repetiría hasta que sólo el licitante con el menor valor de reserva quedara activo en la subasta.

No obstante lo anterior, los licitantes no iban a disponer de tal cantidad de información. Al saber sólo su orden de escogencia, los licitantes carecen de información relevante para ejecutar la estrategia anterior. En efecto, dado que la subasta tiene un tiempo límite (de 30 minutos según los pliegos de condiciones), los licitantes tendrán más o menos incentivos a rebajar su puja actual en función de su orden de escogencia. Así, por ejemplo, si un licitante observa que es el último en orden de escogencia, rebajará su propuesta con mayor intensidad que si se encontrase en segundo orden de escogencia (siempre asumiendo que las pujas aún son mayores que su valor de reserva).

Nótese que en este escenario puede darse la situación en que el licitante con menor valor de reserva acabe ganando la subasta con una puja más baja que en el caso anterior, pues la información que reciben los licitantes tras cada lance es limitada. Esto hace que el resultado obtenido por el licitante ganador sea subóptimo, pues no logrará maximizar su beneficio al ganar. Por lo tanto, la falta de información es crítica, pues abre la posibilidad a que el licitante adjudicatario del proceso no logre maximizar su beneficio.

8.4.2.5.2. Escenario en que dos licitantes coluden

Como ya se ha señalado anteriormente, en una subasta como la propuesta por el IDIPRON, la información a disposición de los licitantes es un factor de crítica importancia para lograr un resultado óptimo en lo referente a los beneficios obtenidos por el licitante adjudicatario. Por lo tanto, las acciones de dos licitantes coludidos irán encaminadas a incrementar su información disponible para lograr maximizar su beneficio en caso de resultar ganador uno de los dos.

Nótese que las acciones de los agentes coludidos en una subasta como la organizada por el IDIPRON no irán encaminadas a aumentar las probabilidades de éxito, como podría ocurrir en otros procesos licitatorios. En efecto, las opciones de éxito en la subasta sólo estarán afectadas por el hecho de presentar el menor valor de reserva y, como ya se indicó, se considera que este hecho es exógeno y aleatorio. Por lo tanto, las opciones del licitante asignado como candidato a ser adjudicatario del contrato por el cartel no mejorarán por el hecho de formar parte del mismo.

De esta manera, el cartel asignará a uno de sus dos componentes como candidato a ganar la subasta. El candidato será aquél de los dos que presente un valor de reserva menor, pues ése será el que tenga mayores probabilidades de éxito en el proceso antes de que comience y sin saber cuáles son los valores de reserva de los otros dos licitantes no coludidos.

Una vez asignado el candidato a ganar la subasta, los licitantes coludidos pueden definir unas sendas de pujas diferenciadas para ambos en el proceso con el objeto de saber en cada momento en qué rangos de precios se encuentran las pujas de los

4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

otros licitantes no coludidos. En efecto, en el caso de no coludir, tras cada lance la única información recibida será su propio orden de escogencia. En cambio, al coludir con otro licitante y saber cuál es su puja y su orden de escogencia en cada momento, el cartel puede deducir en qué rangos de precios se encuentran las pujas de los otros licitantes. Por ejemplo, si en un momento dado los coludidos observan que sus pujas se encuentran en primer y tercer orden de escogencia, pueden deducir que una de las pujas no coludidas estará comprendida entre sus ofertas y que la otra estará comprendida entre el precio de salida en la subasta y la oferta coludida mayor. Como puede observarse, esta cantidad de información es críticamente superior a la que los licitantes coludidos obtendrían de no formar el cartel.

Esta información adicional que el cartel obtendrá servirá, en caso de observar en transcurso de la subasta que su candidato a ganar el contrato presenta el valor de reserva inferior de todos los licitantes, para que dicho candidato pueda pujar un precio lo más cercano por debajo al valor de reserva del licitante en segundo orden de escogencia. De esta manera, el cartel logra optimizar su beneficio con mayor factibilidad que en el caso de competir libremente.

Es importante para este Despacho señalar que, de acuerdo a lo observado, en este caso el cartel descrito no es un cartel típico en el sentido de ir intencionado, por ejemplo, a repartir mercados, coordinar precios, etc. Sin embargo, lo que sí que contiene es la colaboración entre dos competidores en el mercado, con la intención de obtener un mayor margen en caso de que el componente del acuerdo asignado como ganador presente el menor valor de reserva de todos los competidores.

8.4.2.5.3. Del archivo Excel encontrado en los computadores de los investigados

Como ya se ha indicado, la subasta prevista en los pliegos del Proceso de Subasta SAS-8-2011 del IDIPRON nunca tuvo lugar, dado que la única propuesta que resultó habilitada fue la del investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Por lo tanto, no se puede realizar una comparación entre las conclusiones que el modelo adelantado por la Delegatura presenta y las pujas observadas en la subasta en cuestión.

Sin embargo, a juicio de este Despacho, existen pruebas obrantes en el expediente que pueden demostrar que efectivamente existió un acuerdo por parte de los investigados de llevar a cabo un pacto colusorio en el sentido apuntado por el modelo descrito anteriormente, más cuando se encontró en el computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ el archivo de Excel denominado "Modelo ofertas subasta". A continuación se muestra el mismo:

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 64

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 26. Hoja de cálculo "Modelo ofertas subasta" extraído del computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Costos Directos con Protección 1% Artículos Importantes SIN U						
A	B	C	D	E	F	G
1	Porcentaje	\$ 2.331.342,00	PRESUPUESTO OFICIAL			\$ 2.566.949.503,00
2	Ofertas	Precios Unitarios	PRESUPUESTO OFICIAL			Cantidades Totales
3	100%	\$ 2.331.342,00	PRESUPUESTO OFICIAL			\$ 2.566.949.503,00
4	100%	\$ 2.331.342,00	PROPUESTA INICIAL OFICIAL DE ORLANDO RAMÍREZ			\$ 2.566.949.503,00
5	99,98%	\$ 2.330.904,00	PROPUESTA INICIAL OFICIAL DE HAHH			\$ 2.566.436.113,10
6	99%	\$ 2.308.028,58	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.541.280.007,97
7	98%	\$ 2.284.715,16	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.515.610.512,94
8	97%	\$ 2.261.401,74	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.489.941.017,91
9	96%	\$ 2.238.088,32	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.464.271.522,88
10	95%	\$ 2.214.774,90	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.438.602.027,85
11	94%	\$ 2.191.461,48	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.412.932.532,82
12	93%	\$ 2.168.148,06	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.387.263.037,79
13	92%	\$ 2.144.834,64	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.361.593.542,76
14	91%	\$ 2.121.521,22	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.335.924.047,73
15	90%	\$ 2.098.207,80	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.310.254.552,70
16	89%	\$ 2.074.894,38	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.284.585.057,67
17	88%	\$ 2.051.580,96	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.258.915.562,64
18	87%	\$ 2.028.267,54	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.233.246.067,61
19	86%	\$ 2.004.954,12	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.207.576.572,58
20	85%	\$ 1.981.640,70	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.181.907.077,55
21	84%	\$ 1.958.327,28	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.156.237.582,52
22	83%	\$ 1.935.013,86	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.130.568.087,49
23	82%	\$ 1.911.700,44	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.104.898.592,46
24	81%	\$ 1.888.387,02	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos con Utilidad 10%			\$ 2.079.229.097,43
25	80%	\$ 1.865.073,60	C. Directo Agosto 2011 mas 10% de C. Indirectos SIN Utilidad			\$ 2.053.559.602,40
26	79%	\$ 1.841.760,18	Costo Directo con Protección 0% Artículos Importantes SIN U			\$ 2.027.890.107,37
27	78%	\$ 1.818.446,76	Costo Directo con Protección 0% Artículos Importantes SIN U			\$ 2.002.220.612,34
32	74%	\$ 1.725.133,38	Costo Directo con Protección 0% Artículos Importantes SIN U			\$ 1.899.542.632,22
33	73%	\$ 1.701.820,00	Costo Directo con Protección 0% Artículos Importantes SIN U			\$ 1.873.873.137,19
34	72%	\$ 1.678.506,62	Costo Directo con Protección 0% Artículos Importantes SIN U			\$ 1.848.203.642,16
35	71%	\$ 1.655.193,24	Costos Directos Julio 2011			\$ 1.822.534.147,13
36	70%	\$ 1.631.879,86	Costos Directos Agosto 2011			\$ 1.796.864.652,10
37	69%	\$ 1.608.566,48	PRECIO MINIMO DE OFERTAR			\$ 1.771.195.157,07

Fuente: CD obrante a folio 475 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse en la imagen extraída de la hoja de cálculo, se encuentra una senda de descuentos sobre una oferta inicial en la subasta a efectuar por parte de alguno de los dos investigados. Dado que aparecen los nombres de ambos en la misma hoja (el de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ en la celda comprendida en las casillas C4, D4, E4 y F4 y el de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ – nótese las siglas HAHH- en la celda comprendida en las casillas C5, D5, E5 y F5), a primera vista no se sabe a las propuestas de quién de los dos hace referencia. Sin embargo, dado que la oferta inicial contenida en la hoja anterior es idéntica a la oferta inicial presentada por ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ en el proceso (de \$2.331.342), este Despacho entiende que la hoja de cálculo expuesta hace referencia a las ofertas planificadas de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

El hecho que el investigado HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ tuviera información sobre la senda de pujas del otro investigado es un factor que determina la colusión de los investigados para presentarse al Proceso de Subasta SAS-8-2011.

8

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 65

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

En efecto, considerando que el cartel investigado asignó como licitante ganador a ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ (dado que éste fue el ganador final del proceso), que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ tuviera información sobre su plan de pujas en la subasta le hubiera servido para presentar lances complementarios para conseguir mayor información sobre los rangos posibles de las pujas del resto de licitantes, así como el modelo de la Delegatura describe.

Es importante resaltar que a este Despacho, coincidiendo con la Delegatura, le parece inexplicable que en el computador de un competidor se encuentre información tan detallada sobre las pujas a ser efectuadas por el otro a lo largo de la subasta, y no puede encontrar ni aceptar una explicación legítima sobre tal coincidencia.

Adicionalmente, la hoja de cálculo expuesta también contiene otro elemento explicado en el modelo de la Delegatura: el valor de reserva de ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ en el proceso. En efecto, la senda de las pujas contenida en la hoja empieza en la oferta inicial y acaba en un precio de \$1.608.625,98, cifra que representaría el valor de reserva del investigado, pues por debajo de dicha cifra no estaría dispuesto a pujar. Nótese en este sentido que la celda a la derecha de dicha cifra dice "*PRECIO MÍNIMO DE OFERTAR*".

Por todo lo anterior, a juicio de este Despacho, se han recabado pruebas durante la investigación que demuestran un acuerdo entre los investigados con el objeto de coludir en el proceso de selección analizado, no obstante no se produjo el efecto anticompetitivo, en la medida en que la subasta inversa en el proceso No. SAS-08-2011 del IDIPRON no tuvo lugar.

8.4.3. Conclusiones de la conducta anticompetitiva

En primer lugar, vale resaltar que, como se mencionó anteriormente, en este tipo de conductas no es usual que la autoridad de competencia encuentre evidencias directas que muestren la intención y móvil de los agentes colusores. Por lo anterior, el sustento probatorio debe construirse a través de diferentes indicios que lleven a concluir de forma suficiente la realización de la conducta.

De acuerdo con lo anterior, para el presente caso se analizó en conjunto el numeroso acervo de pruebas e indicios señalados en los acápites anteriores, así como las afirmaciones que los investigados presentaron en las observaciones al Informe Motivado, a partir de lo cual, utilizando las reglas de la experiencia⁴⁴, se logró determinar que los investigados actuaron en contra de las normas de protección de la competencia.

⁴⁴ Sobre la validez del uso de de las reglas de la experiencia como herramienta del juez para concluir la existencia de una conducta, el tratadista Jairo Parra Quijano ha señalado que "*El juez-ser humano, en la valoración de la prueba debe emplear las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee*". Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Décima Sexta Edición, Bogotá.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

Bajo este contexto, concluye este Despacho que los archivos con información del proceso objeto de estudio que se encontraron en los computadores de los investigados, junto con las coincidencias entre sus propuestas y sus estrechas relaciones personales y comerciales, evidencian la conducta colusiva de los señores HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ para participar en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 de manera fraudulenta, pues aun cuando formalmente se presentaron al proceso como competidores autónomos e independientes, su finalidad era falsear la competencia y aumentar las probabilidades de adjudicación del mismo.

Así las cosas, este Despacho encontró que en el presente caso, la conducta anticompetitiva al interior del Proceso de Subasta SAS-8-2011 se configuró de la siguiente manera, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente.

- Se demostró que las estrechas relaciones entre los dos investigados van más allá de las relaciones familiares preexistentes entre estos y del simple conocimiento y trato anterior concomitantes al Proceso de Subasta SAS-8-2011. Dichas relaciones, analizadas en conjunto con las pruebas obrantes en el expediente, tales como los archivos extraídos en las visitas practicadas a los investigados y las coincidencias entre las propuestas, no corresponden a aquellas propias de competidores en un proceso de selección contractual.
- Además de la colaboración para presentar las propuestas manifestada en la solicitud conjunta de las pólizas de garantía de seriedad de la oferta, se demostró la intención de mantener cualquier indicio de la colusión oculto y fuera del alcance de sospechas, comoquiera que la solicitud fue realizada haciendo especial énfasis en que las pólizas no fueran consecutivas.
- Se demostró que únicamente los investigados acreditaron requisitos que no eran necesarios para el Proceso de Subasta SAS-8-2011 y que los demás competidores no acreditaron, como es el caso de los vehículos para transporte de alimentos y carnets para el personal que los manipula. Asimismo, la acreditación se realizó sobre los mismos vehículos y, de hecho, se demostró que el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y su cónyuge certificaron la disposición de los vehículos a favor del señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.
- Se demostró con los archivos de Excel encontrados en los computadores de los investigados, que elaboraron de manera conjunta y coordinada las ofertas económicas presentadas al Proceso de Subasta SAS-8-2011. De hecho, se encontró que los referidos archivos incluían las estrategias para los lances a realizar en el curso de la subasta.
- Se encontraron coincidencias injustificables en varios documentos que estaban en los computadores de cada uno de los investigados. Asimismo, se encontró en el computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ el documento en formato Word correspondiente a las observaciones al proceso de evaluación presentadas por el ORLANDO

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 67

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

RAMÍREZ GÓMEZ, las cuales estuvieron disponibles al público en general únicamente en formato PDF.

- De conformidad con lo expuesto por la Delegatura, este Despacho considera que los medios de prueba obrantes en el expediente evidencian que desde la apertura del Proceso de Subasta SAS-8-2011 y durante cada una de las etapas que le siguieron, existió una conspiración fraudulenta y anticompetitiva por parte de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ para lograr la adjudicación del referido proceso de selección. La conducta se vio reflejada en una colaboración orientada a fraguar un acuerdo colusorio ilegal dentro de un mismo proceso de selección pública entre competidores.

8.5. Frente a las observaciones presentadas por los investigados al Informe Motivado

A continuación, este Despacho procede a dar respuesta a las observaciones presentadas por los investigados en relación con las consideraciones expuestas por la Delegatura en su Informe Motivado.

8.5.1. No existe afectación al mercado o a la competencia con la conducta investigada

En sus observaciones al Informe Motivado, ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ manifestó lo siguiente acerca de la ausencia de daño a competidores o de afectación al mercado:

"Al efectuar un análisis detallado de la norma que se invoca para sustentar la investigación, tenemos que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, fue modificada por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, el cual establece una prohibición expresa para ciertas conductas, que detenten un fin específico, a saber:

- *Limitación en la producción.*
- *Limitación en el abastecimiento.*
- *Limitación para la distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros.*
- *Práctica, procedimiento o sistema que hubiese limitado la libre competencia y haber mantenido o determinado precios inequitativos.*

De ninguna manera se ha probado que el presunto acuerdo colusorio que pretende demostrar el señor Superintendente Delegado para la Protección de la Libre Competencia, haya generado uno o cualquiera de los efectos antes citados.

(...)

En este caso, dado el tipo descrito en la norma, para que el supuesto acuerdo colusorio que se pretende indilgar al señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ tuviese verdadero efecto, tendría que haber producido daño a un tercero y este no es el caso, es decir no existe prueba de ello, puesto que no existe baja producción, tampoco desabastecimiento de productos, no se ha generado menoscabo a la distribución de

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 68

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

materias primas, productos, mercancías o servicios, como tampoco se ha limitado la competencia;

(...)

Como se ha repetido hasta la saciedad, NO SE HA CAUSADO PERJUICIO ALGUNO a ninguna persona ni al mercado; tanto el denunciante como el mercado continúan operando en condiciones normales, se sigue licitando y se sigue adquiriendo de parte de las entidades los productos.

(...)

Nótese que aun habiéndose decretado como prueba la verificación en el SECOP (www.contratos.gov.co) de la participación y adjudicación en contratos del Denunciante VENTAS INSTITUCIONALES, lo que demostraría que NUNCA FUE O HA SIDO COLOCADO EN SITUACIÓN DESVENTAJOSA, la Delegatura no se menciona (sic) en absoluto sobre el resultado de la verificación de esta prueba.

Tampoco se manifiesta la Delegatura sobre la información verbal como documental que este apoderado ha entregado a la Superintendencia donde se demuestra que VENTAS INSTITUCIONALES (denunciante), viene mostrando un considerable y positivo aumento en sus indicadores financieros, producto ello posiblemente de la adjudicación de contratos en el sector público, como lo demuestra el SECOP y las pruebas aportadas al proceso (ver RUP); ¿entonces cuál es el daño causado al mercado o al denunciante como tercero afectado?

(...)

En su afán de obtener resultados en la investigación, la Delegatura deja de lado el desarrollo del proceso, olvidando que la SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, fue OBJETIVA por parte del IDIPRON, en la medida en que fue ÚNICO PROPONENTE HABILITADO como consecuencia que los demás participantes en el proceso, NO SUPERARON LA ETAPA DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES."

En resumen, el investigado hace referencia a la ausencia de daño, tanto a los competidores en el proceso, como al mercado, para fundamentar su inocencia. Por un lado, señala que VENTAS INSTITUCIONALES ha mostrado un considerable y positivo aumento en sus indicadores financieros, por lo que no le habría causado daño alguno; por el otro, indica que no existe prueba de haberse causado daño en el mercado, pues éste continúa operando en condiciones normales.

Con respecto a estos argumentos, el Despacho destaca los siguientes puntos. El primero y fundamental es que el derecho a la libre competencia ampara, como su propio nombre lo indica, al proceso competitivo en sí mismo y no a los competidores, como lo considera erróneamente el investigado. Dicho esto, lo que hay que observar en este caso es que a VENTAS INSTITUCIONALES se le privó de competir libremente en el Proceso de Subasta SAS-8-2011, no que éste incurriera en unos daños económicos causados por los investigados.

En este sentido, la conducta investigada en la presente actuación -esto es, el acuerdo de dos agentes en el mercado para coludir en un proceso de selección

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 69

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

público- por sí misma ya constituye un acto ilegal. Así lo indica el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual recoge los acuerdos que pueden considerarse contrarios a la libre competencia. Nótese que la norma en cuestión en ningún momento habla de daño económico a terceros (tanto competidores como el mercado en general), y menos aún como condición necesaria para probar la existencia de ilegalidad del mismo.

Ahora bien, el hecho que en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 el investigado ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ haya sido seleccionado como único oferente en razón a que los demás participantes en el proceso, incluyendo el investigado HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ no superaron la etapa de verificación de requisitos habilitantes, no demerita lo reprochable de la conducta de los investigados, comoquiera que los medios de prueba obrantes en el expediente expuestos en detalle en el presente acto administrativo, dan cuenta de que los investigados fraguaron un acuerdo anticompetitivo con el objeto de coludir en el Proceso de Subasta SAS-8-2011.

Sobre este punto, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos supuestos fácticos distintos e independientes, esto es, (i) los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o (ii) los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. Los anteriores acuerdos comportan un carácter restrictivo de la competencia de tal suerte que bajo una óptica sancionatoria, ambos resultan reprochables sin que sea necesario que se acrediten en forma conjunta o concomitante, bastando simplemente que cualquiera tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

Es así como al respecto, esta Entidad en diversas ocasiones se ha pronunciado sobre las conductas anticompetitivas por objeto. En el caso ACEMI (2011)⁴⁵ la SIC sostuvo, que en los casos de conductas anticompetitivas por objeto, no se requiere de la demostración de sus efectos. Por tal razón, es suficiente contar con evidencia que permita mostrar la realización de la conducta anticompetitiva y que el objeto de la misma sea el de restringir la competencia o el de determinar de manera ficticia las condiciones del mercado para considerarla como reprochable.

En conclusión, respecto de las manifestaciones del investigado orientadas a fundamentar la ausencia de la conducta en el hecho de la ausencia de daño a terceros, este Despacho se permite reiterar, en consonancia con los argumentos que presentó la Delegatura en el Informe Motivado, que la responsabilidad de los agentes participantes en un proceso de selección contractual no se limita a la consecución de los efectos descritos en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Ello es así por cuanto la conducta colusoria es sancionable no solamente cuando produce efectos, sino también cuando se realiza con el objeto de coludir.

⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 21413 de 2011, por medio de la cual se resuelven algunos recursos.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

8.5.2. Sobre la imposibilidad de coludir en una subasta como la diseñada por el IDIPRON

En sus observaciones al Informe Motivado, el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ indica que, dado el diseño de la subasta adelantada por el IDIPRON, era imposible conseguir ventajas ilícitas de un acuerdo colusorio. Más concretamente, objetó lo siguiente:

"Importante también solicitar al señor Funcionario se sirva tener en cuenta la modalidad de selección que correspondía a subasta a menor precio lo que hacía real la existencia de la competencia e imposible un acuerdo colusorio o anticompetitivo, sin la participación de la mayoría o totalidad de los proponentes.

Repito, la voluntad de mi cliente [esto es, HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ] era competir y no tenía ni podía tener ventajas sobre los demás proponentes, pues es absurdo e imposible que en una subasta inversa, existan acuerdos, adicionando que los precios que se presentaron no son representativos frente a los lances, que si bien es cierto no se surtieron, determinarían el precio para el inicio de la puja, por tal razón resulta imposible realizar acuerdo entre dos participantes de un proceso de esta clase cuando el universo de proponentes corresponde a cuatro, cinco o más proponentes."

Respecto del anterior argumento, este Despacho tiene que discernir con el investigado y alinearse otra vez con el modelo adelantado por la Delegatura en su Informe Motivado. Ciertamente, se entiende que el investigado hace referencia al término "acuerdo colusorio" en su significado más común, por el cual los miembros del mismo pactan precios, cuotas de mercado, repartos geográficos del mercado, etc. Sin embargo, el modelo diseñado por la Delegatura ya apuntó que en este caso el acuerdo tenía la intención de recabar mayor información sobre las pujas lanzadas por el resto de competidores para que, en caso de que el miembro del acuerdo asignado como ganador presentase el valor de reserva menor en el proceso, consiguiera obtener el mayor margen posible entre su última puja ganadora y dicho valor de reserva, maximizando así sus beneficios más efectivamente.

En este sentido, cabe resaltar que el modelo expuesto por la Delegatura tiene como soporte las pruebas obrantes en el expediente expuestas en detalle en la presente Resolución, en especial la hoja de cálculo "Modelo ofertas subasta" extraída del computador de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Así las cosas, el argumento del investigado será rechazado de plano, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

8.5.3. Sobre las explicaciones de las coincidencias y similitudes en los documentos de los investigados

HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ manifestó lo siguiente refiriéndose a las coincidencias y similitudes en los documentos encontrados en los computadores de los investigados:

"También resulta innegable que vienen los aquí investigados, participando de tiempo atrás en las diferentes invitaciones y procesos de contratación que se realizan en el IDIPRON, lo cual no puede ser reprochable debido a que ellos lo realiza, (sic) al igual

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 71

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

que los demás comerciantes incluyendo al quejoso señor JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ. Circunstancia que también ocurre en todas las licitaciones y procesos de contratación pública de diferentes entidades, ya que los comerciantes participan de acuerdo a su especialidad.

(...)

Esta circunstancia hace que ellos conozcan sus precios, sus estrategias, comerciales, experiencia en el mercado, debilidades comerciales, ventajas y desventajas, lo cual no significa que sea producto de un acuerdo anticompetitivo o colusorio, pero que si se usa en el momento de competir para obtener salir triunfador en los procesos a que se presentan.

(...)

Que todas las coincidencias y similitudes las cuales no van a ser discutidas una a una, (sic) obedecen a la reiterada participación de este grupo de comerciantes y a la conformación anterior Consorcio, que el l (sic) suministro de formatos y hojas de cálculo que hace el contratista produce que se coincida en la presentación de la propuesta.

(...)

Para este proceso, también existió inicialmente la posibilidad entre los investigados de conformar el consorcio entre los investigados, sin embargo y por falta de acuerdo sobre los porcentajes de participación, obligaciones, responsabilidades, la logística etc., tal acuerdo no se llevó a cabo y se determinó dar vía libre a la participación independiente de cada uno de ellos."

Por su parte, ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ afirmó lo siguiente en sus observaciones al Informe Motivado, en relación a que las similitudes en los documentos encontradas tenían explicación en el hecho que inicialmente los investigados se presentarían al Proceso de Subasta SAS-8-2011 en la modalidad de consorcio, razón por la cual cada uno tenía copia de la información sobre el mismo:

"De acuerdo a las similitudes en las imágenes No. 4-5-9-11-13-15-17-19, tiene su explicación en la medida en que los señores Héctor Hernández H. y Orlando Ramírez Gómez, en un principio y para presentarse al proceso, consideraron la posibilidad de presentarse en CONSORCIO, situación esta que finalmente fue descartada y por tanto, cada uno quedo (sic) con copia de la información.

(...)

El Proceso de Selección Abreviada Electrónica S.A.S 8 DE 2011 Se había conformado el mismo CONSORCIO, como se venía realizando en el año anterior (2010) pero debido a un acuerdo que no se llevó a su final después de realizar estudios de lo que se iba a realizar y casi a su finalización del proceso, decidieron no hacer el consorcio porque no pudieron llegar a un acuerdo económico en participación para finalizar dicho proceso."

Respecto de los anteriores argumentos, este Despacho considera, en primer lugar, que si bien es cierto los investigados, al igual que sus competidores, han participado anteriormente en procesos de contratación -lo cual justificaría que conocieran sus

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

estrategias comerciales o experiencia en el mercado-, esto no significa que en el marco de su común y habitual contacto como competidores, compartan información altamente sensible para el desarrollo del proceso de contratación al que se presentan, como en efecto se verificó en la presente investigación respecto de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Ciertamente, no es de ninguna manera justificable que competidores en el mismo proceso de contratación compartieran información sobre los costos y precios que se presentarían a la entidad contratante en cada una de sus ofertas económicas, y aún peor, es menos justificable y en consecuencia altamente reprochable e ilegal, que tuvieran información sobre la senda de pujas que el otro investigado realizaría en el desarrollo de la subasta, como se demostró en el presente caso. Lo anterior, en la medida que se encontró en el computador del señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ un archivo que contenía los lances que planificaba realizar el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ en la subasta del Proceso SAS-8-2011. (Ver Imagen No. 26 de la presente Resolución)

De otra parte, este Despacho tampoco encuentra aceptables las explicaciones de los investigados relacionadas con que las similitudes y coincidencias encontradas en sus documentos fueron consecuencia de su intención inicial de presentarse en consorcio al proceso bajo estudio, y que por lo tanto, cada uno tenía copia de la información y los formatos. Sobre este punto, este Despacho advirtió graves contradicciones entre lo afirmado por los investigados en las observaciones al Informe Motivado y sus declaraciones rendidas ante esta Entidad en las diligencias de interrogatorio de parte.

En efecto, en los interrogatorios rendidos por los investigados brilla por su ausencia alusión alguna a que su intención primigenia era presentarse al Proceso de Subasta SAS-8-2011 bajo la modalidad de consorcio, lo que tuvo como consecuencia que compartieran la información de costos y de los lances que habían planeado para la subasta. Por el contrario, los investigados sostuvieron en los interrogatorios que en ningún momento comentaron entre ellos asuntos relacionados con el Proceso de Subasta SAS-8-2011 y que mucho menos realizaron los "estudios de lo que se iba a realizar", como habría de esperarse en el evento que hubiesen iniciado la planeación de su participación en el proceso bajo la modalidad de consorcio, como lo afirman en las observaciones al Informe Motivado.

Así lo manifestó el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ en los siguientes términos:

"PREGUNTA: *¿Quién elaboró la propuesta para el proceso SAS-08 de 2011, presentada por usted?*

RESPUESTA: *Todas las propuestas emitidas por persona natural Orlando Ramírez Gómez, son elaboradas por mi persona.*

PREGUNTA: *¿Recibió algún tipo de colaboración?*

RESPUESTA: *No.*

PREGUNTA: *¿Tuvo usted contacto con el señor Hernández durante la realización de la propuesta?*

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

RESPUESTA: No.

PREGUNTA: ¿Se comentaron entre ustedes cosas relacionadas con el proceso licitatorio o la realización de las ofertas o de la oferta económica?

RESPUESTA: No. Ya que en el proceso cada quién se estaba presentando independientemente.

(...)

PREGUNTA: ¿Por qué si en el año 2010 se presentaron en consorcio usted y el señor Hernández, decidieron presentarse de manera individual en el proceso del 2011?

RESPUESTA: En el 2010 nos presentamos en consorcio por lo anteriormente descrito. Él me solicitó el favor que lo acompañara porque el K de contratación de él no alcanzaba y mi K de contratación estaba por muy debajo el que exigía IDIPRON, por eso fue que hicimos el consorcio, él me solicitó el favor. Y en el 2011, yo ya tenía mi K de contratación como lo exigían en los pliegos y me pude presentar solo y aparte eso mis certificaciones, porque tampoco tenía certificaciones, en ese proceso hubieron 7, aceptaron 7 certificaciones que dieran el total del valor del proceso en el momento, entonces por eso fue que me fui a trabajar en ese momento, ya que podía solo."

(...)

PREGUNTA: ¿Analizó usted el pliego de condiciones de la subasta inversa adelantada por el IDIPRON?

RESPUESTA: Si señora.

PREGUNTA: ¿Alguien le prestó algún apoyo en ese análisis de los pliegos?

RESPUESTA: Nunca, todos los pliegos de las licitaciones que he realizado siempre los he hecho yo mismo. Manejo todo, inclusive, el RUP yo mismo para que no hayan errores.

PREGUNTA: ¿Analizó o discutió con el señor HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ el pliego de condiciones de la subasta?

RESPUESTA: No señora."

En el mismo sentido, HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, manifestó que nunca tuvo contacto con el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ para preparar su estrategia en el marco del Proceso de Subasta SAS-8-2011:

PREGUNTA: ¿Analizó usted el pliego de condiciones de la subasta inversa?

RESPUESTA: Analizo todos los pliegos de condiciones de todas las licitaciones a las que me presento.

PREGUNTA: ¿Se asesora de alguien para analizar dichos pliegos de condiciones?

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

RESPUESTA: *Con el debido respeto y sin falsa humildad, yo ya tengo experiencia suficiente para adelantar las evaluaciones de las licitaciones.*

PREGUNTA: *¿Analizó o discutió con el señor ORLANDO RAMÍREZ el pliego de condiciones de la subasta?*

RESPUESTA: *No discuto con nadie salvo eventualmente mi conciencia cómo me puede ir en un proceso.*

PREGUNTA: *¿Quién elaboró e integró la propuesta por usted presentada?*

RESPUESTA: *Yo personalmente elaboro todas las licitaciones.*

PREGUNTA: *¿Quién recopiló los documentos exigidos en el pliego para presentarse en la subasta inversa 008 de 2011?*

RESPUESTA: *Yo personalmente adquiero y consigo todos los documentos."*

Como puede observarse de la lectura de las observaciones al Informe Motivado y de las declaraciones transcritas, existen ostensibles contradicciones en cuanto a las razones por las cuales los investigados tenían en su poder información sobre el Proceso de Subasta SAS-8-2011 que bajo ninguna justificación debería ser conocida entre competidores. De tal suerte, cualquier explicación tendiente a justificar las referidas coincidencias será rechazada de plano.

8.5.4. Respetto del principio In Dubio Pro Reo

ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ solicita en las observaciones al Informe Motivado que se tenga en cuenta el principio de "la duda en favor del reo" (*in dubio pro reo*), comoquiera que el Informe Motivado adolece de motivación y se edifica sobre hipótesis, presunciones, probabilidades y modelos.

Al respecto, este Despacho considera que no se desconoció el principio alegado por el investigado. Por el contrario, este Despacho tuvo en cuenta varios elementos de juicio para tener como desvirtuada la presunción de inocencia de los investigados. En esa medida, esta Entidad ha respetado en todo momento las garantías aplicables a los procesos administrativos y ha fundamentado sus decisiones con bases razonables y a la luz de la valoración de las pruebas bajo el sistema de la sana crítica y libre valoración de la prueba.

En este sentido, el principio de *In Dubio Pro Reo* es una garantía prevista dentro de los procesos en los que hay un investigado a quien se le atribuye alguna conducta ilícita, en sentido lato. La finalidad de las mismas es que se llegue a un punto de persuasión más alto que el que se requeriría normalmente para fallar. He ahí el estándar de la duda razonable. Esta figura, importada del derecho penal americano, fue introducida a la normatividad nacional y permite ser aplicada tanto en los ámbitos del derecho penal colombiano, así como en todo lo que abarca el rubro del derecho administrativo sancionador.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho reitera que no se encuentra en ese estado de vacilación o dubitación que permitiría aplicar la regla del *in dubio pro reo*,

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 75

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

pues a partir de la valoración de todo el acervo probatorio se llega a una conclusión que razonablemente permite concluir que los investigados infringieron 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 conclusión, esta Entidad ha respetado en todo momento las garantías aplicables a los procesos administrativos y ha fundamentado sus decisiones con bases razonables y a la luz de la valoración de las pruebas bajo el sistema de la sana crítica y libre valoración de la prueba.

8.6. Responsabilidad de los investigados

8.6.1. Responsabilidad de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

De acuerdo con lo expuesto en el presente acto administrativo y con fundamento en las pruebas recaudadas durante la investigación, este Despacho encontró que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ 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 efecto, la conducta tipificada en las anteriores normas comprende la ejecución directa de actos dirigidos específicamente a coludir para alterar a su favor y en contra de los intereses del Estado y los demás competidores, los resultados de un proceso de contratación público, el cual para el presente caso se trató del Proceso de Subasta SAS-8-2011 convocado por el IDIPRON.

Así, para este Despacho, en consonancia con lo expuesto por la Delegatura, resulta claro que el proponente HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ actuó de manera conjunta con el señor ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ durante el adelantamiento del Proceso de Subasta SAS-8-2011 convocado por el IDIPRON. Lo anterior, con fundamento en las coincidencias halladas en la construcción de las propuestas de los investigados y en el hecho que compartían información que debería ser de conocimiento únicamente de los proponentes más no de sus competidores, como es el caso de los precios por los que ofertarían los productos, los costos, y en especial, los posibles lances que se utilizarían en el transcurso de la subasta.

8.7. DOSIFICACIÓN DE LAS SANCIONES

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, la Superintendencia está facultada para imponer multas a cada infractor y por cada violación por valor de hasta cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, de hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. Para efectos de graduar la multa, la misma norma indica que se tendrán en cuenta los siguientes criterios de dosificación:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado;

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 76

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

2. La dimensión del mercado afectado;
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta;
4. El grado de participación del implicado;
5. La conducta procesal de los investigados;
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción; y
7. El patrimonio del infractor.

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"⁴⁸

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

Estos criterios serán ponderados por la Entidad de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente caso, este Despacho verificó que los señores HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ fraguaron un acuerdo anticompetitivo con el objetivo de coludir en el Proceso de Subasta SAS-8-2011 adelantado por el IDIPRON, para, entre otras cosas, recabar más información sobre las pujas de los competidores y así distorsionar a su favor los resultados del mismo, en contra del proceso competitivo y de los intereses del Estado y los demás proponentes.

Para el caso, este Despacho tiene en cuenta que la conducta que se está sancionando corresponde a una de las violaciones de las normas de competencia al interior de un proceso de contratación pública, el cual es considerado por esta Superintendencia como un mercado especialmente sensible. En efecto, para atraer

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 77

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

mayor número de oferentes a los procesos licitantes en beneficio del mismo proceso competitivo y de las arcas públicas, es fundamental que se proyecte una imagen de seriedad en dichos procesos.

La violación investigada en esta Resolución va en contra de este principio y este Despacho debe penalizarla de manera severa, pues no debe perderse de vista que la sanción en materia de prácticas comerciales restrictivas es un elemento importante de disuasión. En la medida en que la realización de una conducta anticompetitiva resulte más benéfica para el infractor que su actuación conforme a la Ley, se podría estar propiciando de manera indirecta la realización de nuevas violaciones; por esta razón, la Autoridad de Competencia está obligada a tomar las medidas que garanticen que el infractor no recibirá ningún beneficio proveniente o relacionado con su desconocimiento de la ley de protección de la competencia.

Desde esta perspectiva, este Despacho tendrá en cuenta que el Proceso de Subasta SAS-8-2011, tenía por objeto la adjudicación de un contrato para el suministro de alimentos en programas de protección de la niñez y la juventud. Nótese que, al tratarse del IDIPRON, estos proyectos siempre tienen en cuenta infantes y jóvenes en peligro de exclusión social. De tal suerte, dada la manifiesta vulnerabilidad del colectivo que se verá afectado como destinatario final del contrato adjudicado como producto de una distorsión al proceso competitivo, la gravedad de la conducta se ve amplificada en extremo, lo que se verá reflejado en la cuantía de la multa a imponer.

Del mismo modo, la afectación a las arcas públicas también fue representativa, comoquiera que el presupuesto público afectado por la conducta de los investigados ascendió a DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TRES PESOS M/CTE INCLUIDO IVA (\$2.566.949.503) de fondos públicos. Adicionalmente, en el transcurso de la investigación, se observó que los investigados estaban dispuestos a pujar hasta un precio mínimo o valor de reserva de MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.771.195.157). Lo anterior lleva a deducir que la utilidad que la conducta a sancionar le generó a los investigados fue de SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$795.754.346). Este dato también será tenido en cuenta al momento de calcular el monto de las multas a imponer.

De otra parte, en el transcurso de la investigación, esta Superintendencia observó que el comportamiento de los investigados fue aceptable a lo largo de la actuación, sin que se haya evidenciado que los mismos hubieran intentado obstaculizar la investigación administrativa.

Por los motivos antes expuestos, la conducta realizada es altamente reprochable en tanto no solo tuvo consecuencias sobre el gasto público, sino sobre un segmento de la población altamente vulnerable, razón por la cual considera oportuno multar a los investigados que fueron encontrados responsables de la comisión de la conducta anticompetitiva investigada.

Así las cosas, este Despacho considera probado en esta Resolución que los señores HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

infringieron lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por consiguiente, esta Superintendencia considera procedente sancionar a cada uno de ellos por los valores que se exponen a continuación.

8.7.1. Para HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta que la formación de una colusión en licitaciones públicas es la violación de las normas de competencia más grave que se puede dar, la multa será acorde con dicha gravedad.

Así bien, para la determinación de la cuantía de la multa a imponer, se aplicarán los criterios agravantes y atenuantes de dosificación previamente mencionados, a partir de la multa máxima a aplicar (aprox. COP \$58.950.000.000) y el valor del contrato adjudicado por el IDIPRON (y las utilidades que éste le generó), el cual tuvo un valor de DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$2.566.949.503).

En virtud de lo anterior, este Despacho decidió imponer a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ una multa de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$388.178.183), equivalente a 658 SMMLV, lo que corresponde al 0,66% de la multa máxima aplicable, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

8.7.2. Para ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta que la formación de una colusión en licitaciones públicas es la violación de las normas de competencia más grave que se puede dar, la multa será acorde con dicha gravedad.

Así bien, para la determinación de la cuantía de la multa a imponer, se aplicarán los criterios agravantes y atenuantes de dosificación previamente mencionados, a partir de la multa máxima a aplicar (aprox. COP \$58.950.000.000) y el valor del contrato que le fue adjudicado por el IDIPRON (y las utilidades que éste le generó), el cual tuvo un valor de DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$2.566.949.503).

En virtud de lo anterior, este Despacho decidió imponer a ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ una multa de QUINIENTOS VEINTISÉIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS M/CTE (\$526.939.315), equivalente a 894 SMMLV, lo que corresponde al 0,89% de la multa máxima aplicable, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 79

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, identificado con la C.C. No. 19.486.735, infringió 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 consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, identificado con la C.C. No. 19.486.735, por la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$388.178.183), equivalentes a SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (658 SMMLV).

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen 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 acá 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 lo cual resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, identificado con la C.C. No. 79.497.344, infringió 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 consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, identificado con la C.C. No. 79.497.344, por la suma de QUINIENTOS VEINTISÉIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS M/CTE (\$526.939.315), equivalentes a OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (894 SMMLV).

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen 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

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 80

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

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 acá 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 lo cual resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ informan que:

Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ 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, por haber coludido en el Proceso de Subasta SAS-8-2011, cuyo objeto era "SUMINISTRO DE ABARROTES PARA LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LA ENTIDAD".

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012."

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

ARTÍCULO QUINTO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

4

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053914 DE 2013 Hoja N°. 81

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-89514

VERSIÓN ÚNICA

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **09 SEP 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectaron: 057 y 086
Revisó y aprobó: 076

NOTIFICACIONES:

Señor
HÉCTOR ALBERTO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Apoderado
Doctor
MARIO MORALES MARTÍNEZ
C.C.: 79.314.943
T.P.: 88.306 del C. S. de la J.
Calle 18 N 4-91 Oficina 206
Bogotá D.C.

Señor
ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ
Apoderado
Doctor
HANS BARRETO GONZÁLEZ
C.C.: 93.376.913
T.P.: 119.158 del C. S. de la J.
Calle 75 No. 27 B - 48
Teléfono: 6307545
Bogotá D.C.

66