



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014

(29 DIC 2014)

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992² y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 61530 del 19 de octubre de 2012³, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") abrió investigación y formuló pliego de cargos para determinar si **PAVIGAS LTDA.** (en adelante "**PAVIGAS**"), **GISAICO S.A.** (en adelante "**GISAICO**"), **ESTYMA S.A.** (en adelante "**ESTYMA**"), **PAVIMENTOS ANDINOS S.A.** (en adelante "**PAVIANDINOS**) e **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A.** (en adelante "**INCOEQUIPOS**"), 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.

Por medio de la misma resolución, se abrió investigación y se formuló pliego de cargos en contra de **LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO, DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO, GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO, JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO y MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, por su presunta configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que la actuación se inició a partir de la remisión que el Fiscal 24 Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación (en adelante la "**FISCALÍA**") hizo de la investigación penal adelantada bajo el No. 110016000101201000063, la cual se archivó por atipicidad penal⁴. Dicho trámite se adelantó por la presunta colusión entre **PAVIGAS, GISAICO, ESTYMA** y el **CONSORCIO VÍAS NARIÑO – 2500** -conformado por **INCOEQUIPOS** y **PAVIANDINOS**- (en adelante "**VÍAS NARIÑO**") en la licitación pública No. **LP-SGT-GPD-042-2009**, adelantada por el Instituto Nacional de Vías (en adelante "**INVÍAS**"), cuyo objeto era la: "**RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA CIRCUNVALAR GALERAS SECTOR SANDONÁ CON UNA LONGITUD DE 5,40 KILÓMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO**", obra para la cual se había asignado un presupuesto oficial de CINCO MIL TRECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (5.399'964,907 M/CTE).

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

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 2352 a 2376 del Cuaderno No. 12 del Expediente.

⁴ Las diligencias en la **FISCALÍA** fueron archivadas habida cuenta que en el momento de ocurrencia de los hechos, el delito de acuerdos restrictivos de la competencia no estaba tipificado en el Código Penal, puesto que no se había expedido la Ley 1474 de 2011 contentiva del Estatuto Anticorrupción, a partir del cual la conducta referida constituyó un ilícito penal en contra de la Administración Pública.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura decretó la práctica de algunas pruebas solicitadas por los investigados y rechazó otras mediante la Resolución No. 43357 del 26 de julio de 2013⁵. Así mismo, la Delegatura decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para el trámite.

CUARTO: Que culminada la etapa probatoria, el 17 de marzo de 2014, se realizó la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Por medio de memorando del 31 de julio del mismo año la Delegatura presentó, ante el Superintendente de Industria y Comercio, su Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")⁶, en él recomendó sancionar a **PAVIGAS, GISAICO, ESTYMA e INCOEQUIPOS** por considerar que sus conductas constituyeron una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y pidió el archivo del trámite respectivo a favor de **PAVIANDINOS**.

Así mismo, la Delegatura recomendó sancionar a las personas naturales investigadas, de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, con excepción de **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, de quien solicitó el archivo del trámite.

A continuación se resumen los principales aspectos del Informe Motivado:

4.1. Narrativa cronológica de los hechos

La Delegatura inició su análisis con el recuento fáctico del trámite de la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INVÍAS** y las actuaciones que sobre la presunta existencia de un acuerdo colusorio llevó a cabo tanto esa Entidad como la **FISCALÍA**. Señala que en una denuncia presentada por el quinto proponente en contienda, **CONSORCIO SAHO** (en adelante "**SAHO**"), se revelaban coincidencias en las propuestas allegadas por **PAVIGAS, GISAICO, ESTYMA y VÍAS NARIÑO**, motivo por el cual el **INVÍAS** decide declarar desierta⁷ la licitación pública, argumentando, como lo resumió la Delegatura, que no era posible la adjudicación en razón de los siguientes hallazgos:

- *"Las pólizas de los investigados fueron expedidas por la misma aseguradora, por medio del mismo intermediario, en la misma fecha, en la misma sucursal y con números consecutivos.*
- *El mismo número de serie del fabricante de los discos compactos en los que se presentaron las ofertas económicas y los formularios de experiencia, por parte de los proponentes investigados.*
- *Elaboración de los archivos de las ofertas económicas y del formulario 2 de experiencia en la misma plantilla.*

⁵ Folio 2738 al 2750 del Cuaderno No. 12 del Expediente.

⁶ Memorando radicado con el No. 12-174085-206.

⁷ CD contenido en el folio 3090 del Cuaderno No. 15 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

- *Mismo error mecanográfico en la carta de presentación de la propuesta, cuando el suministrado por la entidad contratante no tenía errores.*
- *Coincidencias en los índices de las propuestas.*
- *Redacción idéntica en las declaraciones juramentadas sobre veracidad de la experiencia aportada por **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, pues no existe modelo suministrado por la entidad.*
- *Redacción idéntica de las Cartas de ofrecimiento del Factor de Calidad (Equipos adicionales) de **PAVIGAS** y **VÍAS NARIÑO**, sin que la entidad haya suministrado modelo.*
- *Información adicional sobre el territorial Nariño en las cartas de autorización al ingeniero para la visita obligatoria de los cuatro proponentes investigados, sin que el **INVÍAS** hubiera suministrado modelo.*
- *Los precios ofertados por los cuatro proponentes investigados estaban entre el 93% y 96% del presupuesto oficial, cuando en otras licitaciones del **INVÍAS** en 2009 nunca superaron el 90%.⁸*

Acto seguido, la Delegatura expuso el trámite que adelantó en la etapa instructiva y resolvió algunas solicitudes de nulidad que presentaron los investigados a lo largo de este proceso, incluidas aquellas que fueron formuladas o reformuladas en la audiencia verbal ordenada por el Decreto 19 de 2012.

Posteriormente, la Delegatura pasó a resolver los argumentos ofrecidos por los investigados a lo largo de la instrucción. Para esto, dividió el informe motivado en dos grandes bloques: uno relacionado los argumentos procesales y otro relacionado con los aspectos sustanciales de la investigación.

4.2. Argumentos procesales

4.2.1. Respecto la ruptura de la cadena de custodia sobre unas pruebas

El primero de los argumentos procesales esgrimidos por los investigados se edificó en una posible nulidad del material probatorio allegado al expediente, en cuanto en un informe pericial de la DIJIN, elaborado a solicitud del **INVÍAS**, se manifiesta que los elementos puestos a su disposición de dicho Ente técnico para la elaboración del peritaje no tienen cadena de custodia ni noticia criminal.

Frente a lo anterior, la Delegatura manifiesta que los investigados no definen de forma puntual cuáles son los elementos materiales probatorios afectados por dicha situación. Expresa que en la gran mayoría de los argumentos expuestos, los investigados se limitan a decir que no puede usarse la "*prueba documental*" por cuanto hay un peritaje que menciona que esa documentación no tiene cadena de custodia, ni noticia criminal, pero en ningún momento identifican qué documentos adolecen del supuesto vicio.

Para resolver este argumento, la Delegatura señala que existen tres trámites diferentes que se originan por los mismos hechos bajo estudio: un primer trámite en cabeza del **INVÍAS**,

⁸ Página 9 del Informe Motivado elaborado por la Delegatura.

RESOLUCIÓN NÚMERO 8 3 0 3 7 DE 2014 Hoja No. 4

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

quien al ser alertado por las denuncias de **SAHO** solicitó el acompañamiento de la Procuraduría y la DIJIN de la Policía Nacional; un segundo trámite en cabeza de la **FISCALÍA**, quien adelantó la respectiva averiguación penal preliminar y determinó el archivo de las diligencias por atipicidad de la conducta; y un tercer trámite en cabeza de esta Entidad, el cual hoy nos ocupa.

Así las cosas, la ruptura de la cadena de custodia que alegan los investigados se centra en un informe de policía judicial elaborado por la DIJIN a solicitud del **INVÍAS**. Trámite que se presentó con anterioridad a las diligencias preliminares adelantadas por la **FISCALÍA**, y por supuestos, anterior al trámite administrativo que hoy nos ocupa.

Por lo anterior, es claro que las manifestaciones sobre inexistencia de cadena de custodia en el informe de la DIJIN se predicen de los elementos probatorios que el **INVÍAS** le remitió a ese ente técnico y que, por tratarse de un informe por fuera de una actuación penal, no fueron allegados siguiendo los procedimientos exigidos por la Ley penal, es decir, no existe cadena custodia ni noticia criminal para vincular ese peritaje a un trámite formal.

En consecuencia, dicha manifestación sobre la inexistencia de cadena de custodia sobre los elementos enviados por el **INVÍAS** a la DIJIN nada tiene que ver con los elementos materiales probatorios que acopió la **FISCALÍA** a lo largo de sus diligencias y que posteriormente remitió a esta Entidad, pues dichas evidencias fueron acopiadas siguiendo los parámetros de autenticidad manejado por la **FISCALÍA**.

Ahora bien, atendiendo a que los investigados también alegaron la ruptura de cadena de custodia de unos CDs que la **SIC** solicitó a la **FISCALÍA** al no haber sido remitidos en el traslado inicial del expediente penal, la Delegatura les aclaró que precisamente por no estar dentro del conjunto de elementos remitidos por la **FISCALÍA**, no hacen parte de este trámite, y consecuentemente se estaría alegando la ausencia de cadena de custodia sobre unos elementos probatorios inexistentes en el expediente.

Por último, y pese a que los argumentos de ruptura de cadena de custodia fueron resueltos, la Delegatura expuso a los investigados la naturaleza propia de la cadena de custodia en materia penal, aclarando que los trámites administrativos tienen su propio sistema de tacha de documentos aportados al expediente distinto del de cadena de custodia manejada por la **FISCALÍA**. En este orden de ideas, la Delegatura le recordó a los investigados que ninguno repudió la autenticidad de los documentos contenidos en el expediente y que fueron remitidos por la **FISCALÍA**.

4.2.2. Respecto la práctica de pruebas sin atender recurso de reposición

Los investigados sostuvieron que la práctica de las pruebas en la etapa de instrucción está viciada al adelantarse sin que el acto administrativo que las decretó estuviera en firme. Lo anterior, en cuanto dos de los investigados interpusieron recurso de reposición sobre la negativa de pruebas que materializó la Delegatura a través del mismo acto Administrativo que decretó las pruebas practicadas.

De cara a lo anterior, la Delegatura desvirtúa las afirmaciones de los investigados al recordarles que sobre el decreto de pruebas no procede recurso alguno, al ser un acto de trámite. Por lo anterior, el decreto de pruebas quedó en firme desde el momento en que el acto fue notificado a los investigados. Consecuentemente, el recurso de reposición sólo

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

resulta procedente respecto de la decisión de rechazo de pruebas, cuya firmeza quedó en viño hasta tanto no se resolvieron los recursos de reposición impetrados.

Así mismo, la Delegatura recalcó que el ARTÍCULO QUINTO de la resolución recurrida fue muy claro al afirmar que **"[c]ontra la presente Resolución, por ser un acto de trámite, no proceden recursos con excepción a lo señalado en el ARTÍCULO TERCERO de su parte resolutive, respecto del cual procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia..."**⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original). Dicho ARTÍCULO TERCERO, sobre el cual procedía el recurso de reposición, expresaba en su literalidad: "NEGAR la práctica de las siguientes pruebas conforme con los principios señalados en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.)". Así las cosas, el recurso sólo procedía frente a la decisión de negar la práctica de las pruebas que algunos investigados solicitaron.

Tal situación era clara para los investigados, quienes al monumento de interponer los respectivos recursos, dejaron evidenciado que la intención de los recurrentes fue: (i) interponer **"recurso de reposición en contra de la decisión del asunto, en lo que tiene que ver con la decisión contenida en el ARTÍCULO TERCERO de la Resolución"**¹⁰ y; (ii) la presentación del recurso de reposición **"contra la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio de rechazar algunas de las pruebas solicitadas"**¹¹ (Subrayados y negrillas fuera del texto).

En este sentido, no resultaba procedente suspender la práctica de las pruebas decretadas, que no eran susceptibles de recurso, y que quedaron en firme desde la notificación del Acto que las decretó.

4.2.3. Respecto a la práctica de interrogatorios en los trámites por prácticas restrictivas de la competencia

Frente a los argumentos de los investigados sobre la improcedencia de practicar interrogatorios de parte en este tipo de trámites, la Delegatura simplemente se limitó a recordarles que las normas que rigen la práctica probatoria en los trámites administrativos por prácticas restrictivas de la competencia se basan en lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), así como en el Código de Procedimiento Civil (CPC), que incluye dentro de los medios de prueba válidos, el interrogatorio de parte.

Inicialmente, la Delegatura expuso que el trámite por prácticas restrictivas de la competencia está regulado por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el cual remite al Código Contencioso Administrativo –hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)- en cualquier falencia reglamentaria del régimen especial. A su vez, el artículo 40 del CPACA establece que para la práctica probatoria de los trámites administrativos y contenciosos administrativos, son admisibles todos los medios de prueba tipificados en el Código de Procedimiento Civil, incluida la declaración de parte.

⁹ Folio 2749 del Cuaderno No. 14 del Expediente.

¹⁰ Folio 2761 del Cuaderno No. 14 del Expediente.

¹¹ Folio 2833 del Cuaderno No. 15 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, atendiendo la naturaleza del interrogatorio de parte como escenario para oír a los sujetos vinculados al proceso, dicha figura probatoria es la más adecuada para la declaración de los investigados dentro del trámite administrativo.

Por lo anterior, no sólo es posible citar a un investigado a un interrogatorio de parte, sino que es obligatorio que la declaración de él sea recibida a través de esta figura probatoria, pues de lo contrario no podrían ser oídos los investigados en el trámite administrativo en el que se ven afectados, y por ende, tienen interés directo. Esto además de la oportunidad que tiene el investigado de manifestar, a través de las distintas etapas procesales, su posición frente al caso, y de presentar las pruebas que resulten pertinentes conducentes y útiles para soportar las afirmaciones que realicen.

4.2.4. Respecto a la ausencia de traslado de los recursos

De cara a los argumentos de los investigados sobre la posible irregularidad procesal que se ocasiona por el hecho de que la **SIC** no hubiese dado traslado de los recursos presentados en contra de la negativa de pruebas a los demás investigados, la Delegatura puso de presente que el artículo 79 del CPACA establece que "[c]uando con un recurso **se presenten pruebas**, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días" (negrilla y subrayado fuera del texto legal). Por lo anterior, teniendo en cuenta que con los recursos interpuestos no se solicitaron o aportaron pruebas, no era procedente el traslado de los mismos.

4.2.5. Respecto a la no práctica de un peritaje

Frente a las afirmaciones de los investigados sobre la supuesta falta de un peritaje económico decretado por la **SIC**, la Delegatura sostiene que el peritaje que señalan consiste en una prueba solicitada de parte que fue rechazada, lo cual es de pleno conocimiento de los investigados, ya que dicha decisión fue recurrida por su peticionario, recurso que fue atendido en forma negativa, confirmando la decisión inicial de no practicarlo.

Por lo anterior, la Delegatura sostuvo que no hay lugar a la práctica de una prueba que no ha sido decretada, en atención a los argumentos expuestos en los respectivos actos administrativos.

4.2.6. Respecto a la necesidad de resolver nulidades en los términos de una petición

En relación con los argumentos expuestos por **INCOEQUIPOS** respecto de la necesidad de que la **SIC** hubiera resuelto las nulidades presentadas en los términos de un derecho de petición, la Delegatura recaló la importancia de diferenciar entre los recursos y alegaciones que los sujetos procesales formulan en el trámite de una actuación administrativa y el derecho de petición, pues los fines de una y otra figura no pueden mezclarse ni confundirse.

A juicio de la Delegatura, cuando la resolución de una petición tenga regulaciones y cauces propios en el curso de un trámite administrativo, debe resolverse según lo establecido en dicho trámite, y no bajo las reglas generales del derecho de petición. Por lo mencionado, la Delegatura recalca las conclusiones de la Corte Constitucional al expresar que "... **el derecho de petición no es procedente para formular solicitudes que tienen sus propios**

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

instrumentos de definición en los procesos judiciales o aún, en los mismos trámites administrativos...¹²

Por lo anterior, las solicitudes de nulidad presentadas por los investigados escapan del ámbito del derecho de petición, y al tener regulaciones procedimentales propias que persiguen finalidades esencialmente disímiles, sus términos de resolución no pueden ser confundidos.

4.2.7. Respecto a la ausencia de traslado de las pruebas documentales

En cuanto a los argumentos presentados por los investigados sobre la presunta omisión de la **SIC** de dar traslado de las pruebas documentales del expediente, la Delegatura sostiene que la necesidad de traslado de los documentos nace de la posibilidad que tiene una persona de tachar los documentos que en su contra se aportan al expediente. Por lo anterior, el legislador dio a la parte contra quien se aduce un documento, la posibilidad de "tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia.

Atendiendo a que todos los documentos que hacen parte del expediente fueron decretados mediante la resolución de pruebas, ese Acto Administrativo se constituye en el auto que ordenó tenerlos como prueba, y por ende, debieron ser tachados dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esa Resolución.

Por lo anterior, no solo sí se dio traslado a través de la notificación de la resolución que ordenó tenerlos como prueba, sino que ningún investigado tachó los documentos.

4.2.8. Respecto a la indefinición del mercado relevante

A partir de las formulaciones realizadas por los investigados respecto de una posible nulidad en la Resolución de Apertura de la Investigación por los presuntos errores que se presentaron en la definición del mercado relevante, la Delegatura sostuvo que en la Resolución de apertura de la investigación se señala, de manera clara y explícita, que las conductas imputadas se refieren a la existencia de un posible acuerdo colusorio en el proceso **LP-SGT-GPD-042-2009**.

Por lo anterior, y atendiendo a la naturaleza de los mercados creados por medio de una licitación, cada proceso de selección compone un mercado relevante que puede verse afectado por conductas anticompetitivas, ya que es precisamente en ese proceso donde se puede afectar la competencia entre los oferentes. Por esto, era claro que el mercado afectado se limitaba al proceso **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantado por el **INVÍAS**.

4.3. Argumentos sustanciales

Luego de exponer las normas pertinentes respecto a las facultades legales de la **SIC** para investigar este tipo de conductas, así como la importancia de proteger las compras públicas de prácticas anticompetitivas, la Delegatura aproxima el estudio del caso a través de un

¹² Cita dentro de la cita "Sentencia T-377 de 2000. Magistrado Ponente: **ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO**".

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

análisis de la técnica probatoria del indicio, y su aplicabilidad a los hechos demostrados en el expediente.

4.3.1. Respecto a la valoración probatoria y la técnica del indicio

Sostiene la Delegatura que una eventual sanción administrativa exige que la **SIC** desvirtúe la premisa inicial de la ausencia de responsabilidad de los sujetos investigados. Para lo anterior, tiene a su disposición todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil apreciables bajo la sana crítica y las máximas de la experiencia.

Agrega que ha sido recurrente que una colusión en procesos de selección no se verifique o acredite con prueba simple o única, entre otras cosas, porque no suele existir solemnidad documental respecto de un pacto ilícito, sino con prueba compuesta, es decir, aquella que se integra con una pluralidad de instrumentos probatorios e indiciarios que, concatenados con una aplicación lógica, generan convicción respecto de la comisión de la infracción.

Posteriormente, la Delegatura expone que la elaboración conjunta de ofertas es indicio de un acuerdo colusorio, en la medida en que permite a los oferentes conocer el precio y los valores económicos de su competidor, siendo estos los factores más significativos de adjudicación del contrato y, por lo mismo, aquellos a los que no debería tener acceso ninguna otra persona, mucho menos un competidor.

Por lo anterior, la Delegatura resalta que frente a la existencia de un indicio grave de colusión (como lo es el de la elaboración conjunta de propuestas), el mismo debe ser desvirtuado por el investigado demostrando que existe un motivo más plausible que el de la colusión para el acaecimiento de los hechos base del indicio.

4.3.2. De la apertura del proceso licitatorio hasta su cierre

Señala la Delegatura que el primer indicio de colusión entre los investigados se dio entre la época en que se publicó el aviso de convocatoria pública en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP- y el cierre de la licitación, es decir, cuando se venció el plazo para presentar ofertas.

Luego de exponer la fase precontractual de la licitación, la Delegatura expone que atendiendo a la ausencia de observaciones de los investigados en esta fase precontractual del procedimiento, se concluye que hay una conducta pasiva de ellos frente a los términos y condiciones inicialmente fijados por la entidad, y con ello, no existía reparo sobre los precios tan bajos del presupuesto oficial que les sirve de sustento para tener propuestas tan altas.

Posteriormente, agrega que el pliego de condiciones señaló como requisito habilitante para la validez de la oferta, la realización de una visita técnica en la zona de la obra a fin de que se calcularan los riesgos previsibles de la ejecución contractual. La visita podía ejecutarse directamente por un ingeniero civil o de vías y transporte del interesado, o por cualquier autorizado presentando la matrícula profesional y carta de autorización.

Expuestas las 4 cartas de autorización presentadas por los investigados, encontró que en todas ellas existe una identidad formal en el tipo y tamaño de la fuente. Adicionalmente, contienen una información adicional que no presenta la de **SAHO**, pues en todas ellas se agrega el destinatario de la autorización y su cargo como Director Territorial Nariño.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 9

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 1 Encabezados de cartas de autorización de los investigados

PAVIGAS	GISAICO
<p>Buzaremañga, 09 de octubre de 2009</p> <p>Señores Instituto Nacional de Vías – INVIAS Atn. Ing. José Fernando Viteri Muñoz Director Territorial Nariño Urbanización Los Rosales 2ª Etapa Angaroy - CAM Teléfono (2) 723 97 82 Fax (2) 723 55 30 Pasto - Nariño</p>	<p>Medellín, 09 de octubre de 2009</p> <p>Señores Instituto Nacional de Vías – INVIAS Atn. Ing. José Fernando Viteri Muñoz Director Territorial Nariño Urbanización Los Rosales 2ª Etapa Angaroy - CAM Teléfono (2) 723 97 82 Fax (2) 723 55 30 Pasto - Nariño</p>
ESTYMA	VÍAS NARIÑO
<p>Medellín, 09 OCT 2009</p> <p>Señores Instituto Nacional de Vías – INVIAS Atn. Ing. José Fernando Viteri Muñoz Director Territorial Nariño Urbanización Los Rosales 2ª Etapa Angaroy - CAM Teléfono (2) 723 97 82 Fax (2) 723 55 30 Pasto - Nariño</p>	<p>Bogotá D.C., 08 OCT 2009 000532</p> <p>Señores Instituto Nacional de Vías – INVIAS Atn. Ing. José Fernando Viteri Muñoz Director Territorial Nariño Urbanización Los Rosales 2ª Etapa Angaroy - CAM Teléfono (2) 723 97 82 Fax (2) 723 55 30 Pasto - Nariño</p>

Fuente: Folio 287 del Cuaderno No. 2, 405 y 529 del Cuaderno No. 3 y 711 del Cuaderno No. 4 del Expediente.

Imagen No. 2 Encabezado carta de autorización de visita de SAHO

SAHO
<p>Bogotá D.C. Octubre 13 de 2009</p> <p>Señores:</p> <p>INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS. Atn. Territorial Nariño. Pasto.</p>

Fuente: Folio 941 del Cuaderno No. 5 del Expediente.

Teniendo en cuenta las similitudes halladas, la Delegatura sostuvo que un interesado, que en condiciones racionales busca la adjudicación del proceso, ayudó o colaboró con sus competidores para que cumplieran con un requisito habilitante; es decir, en vez de buscar una menor participación de competidores, persiguió conscientemente la introducción de más agentes a la contienda.

Frente a esta irregularidad, los investigados, con excepción de **PAVIANDINOS**, explicaron que se debía a la existencia de dos contratos permitidos por la legislación civil y comercial: un contrato de suministro y un contrato de mandato. En efecto, señalan que **GISAICO**, **ESTYMA** y **PAVIGAS**, por no tener planta asfáltica ni fuente de materiales en la zona, establecieron contacto con **INCOEQUIPOS** que sí tenía capacidad instalada en la zona de ejecución del proyecto, y por ello, celebraron un contrato de suministro de materias primas. Señalan también que las vinculaciones contractuales se ampliaron también a la celebración

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

de contratos de mandato gratuitos sin representación, por virtud de los cuales **INCOEQUIPOS** se encargaría de los aspectos puramente formales de las ofertas de los mandantes, tales como la organización y acopio de documentos e incluso la puesta a disposición del ingeniero que realizaría la visita de obra, pero reservándose los mandantes, las facultades de estipular las condiciones técnicas y los precios evaluables con absoluta autonomía, siendo estos últimos aspectos los que realmente resultaban sustanciales en el proceso de selección.

Frente a lo anterior, la Delegatura consideró pertinente manifestar que no juzgaría, por no caer en su órbita de competencia, la validez o invalidez de los contratos que se han descrito, y que sea dicho de paso, **no se ha aportado una sola prueba de su existencia**, salvo las meras declaraciones de parte de los investigados. Señala que no por el hecho de ser contratos consensuales se excluyen de actividad probatoria, porque su afirmación no es indefinida, como lo pretendía **INCOEQUIPOS** en sus descargos. Sin embargo, concluyó sobre este punto lo siguiente:

- *"Cuando no se tiene la capacidad técnica para ejecutar un contrato futuro, lo habitual es que el agente se abstenga de participar en el correspondiente proceso de selección, pues una participación a sabiendas de que el contrato terminará incumplido, es ostensiblemente temeraria y afecta frontalmente el interés público que persigue la Entidad contratante.*
- *Los participantes que en el proceso sub exámine carecían de los agregados pétreos y demás mezclas asfálticas para concurrir a la licitación, buscaron un proveedor de materiales pero en cambio no intentaron que se modificaran algunas disposiciones de los pliegos de condiciones, como el análisis de precios unitarios o el plazo de ejecución del contrato, o los porcentajes de administración, imprevistos y utilidades, cuya modificación debía intentarse primero.*
- *A los investigados nunca se les hizo extraño el hecho de que un agente que disponía de planta asfáltica en la zona de ejecución del proyecto, ofreciera sus materiales a competidores sin presencia geográfica, y no lo hiciera directamente a la entidad contratante, siendo que podía hacer posturas con precios más bajos y sobretodo, podía ser directamente el adjudicatario del contrato y percibir ya no utilidades fragmentadas sino íntegras.*
- *Bajo la misma óptica argumentativa que formuló **INCOEQUIPOS**, su actuación estuvo siempre lejana de las normas protectoras de la libre competencia, porque los contratos de suministro y mandato que había celebrado con terceros competidores le generaban automáticamente un conflicto de intereses que le impedía participar en la licitación, no sólo porque sus cotizaciones determinaban el precio de las ofertas de sus contendores, sino porque iba a tener acceso a información privilegiada y sensible que pudo usar a su arbitrio para efectuar su postura individual.*
- *La razón por la cual **INCOEQUIPOS**, oferente formal en la licitación pública del **INVÍAS**, en vez de evitar el incremento de la competencia, que era la postura racional de un competidor independiente en un escenario competitivo, la coadyuvó con la entrada de nuevos agentes que dependían de su suministro para participar, pues con ello aumentaba sus posibilidades de ganancia en una doble vía, pues se favorecía en el evento de que su propia oferta fuera la adjudicataria, pero también en los eventos de adjudicación a cualquiera de sus tres mandantes.*
- *La suerte de los tres proponentes mandantes siempre estuvo en manos de **INCOEQUIPOS**, porque éste en su labor de ensamblaje y organización, producto del contrato de mandato alegado, podía acceder a los precios de las ofertas ajenas y hacer*

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

una postura individual aprovechando una asimetría de información determinante, habida cuenta que el precio era el criterio evaluable con el mayor peso o significancia (750 puntos) y además, que el mecanismo de evaluación era maleable y sensible al comportamiento de los participantes.

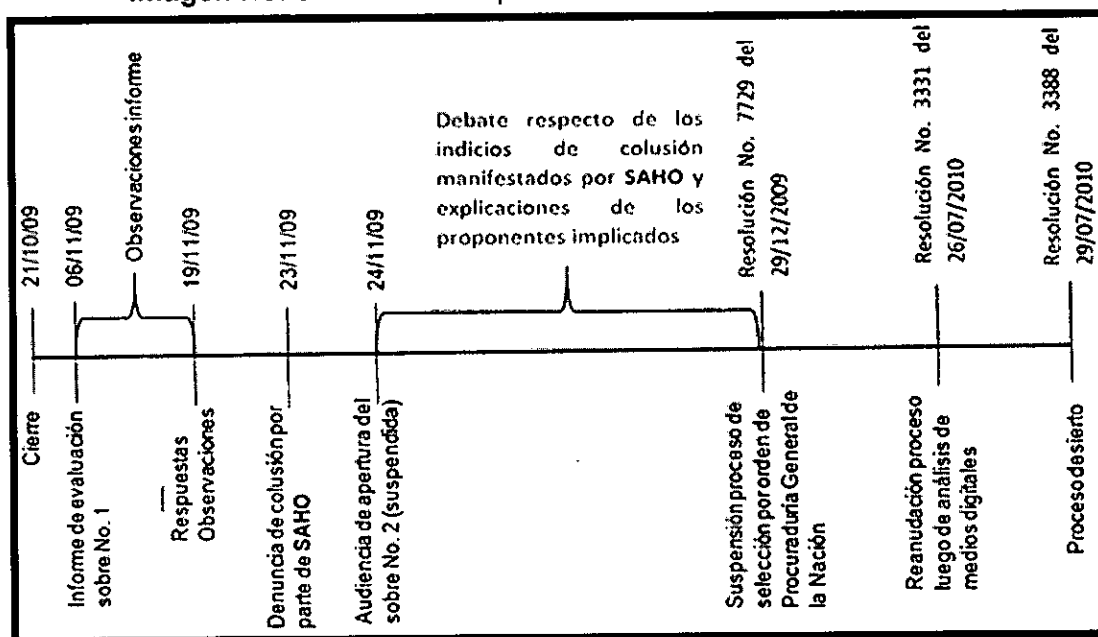
- En un escenario verdaderamente competitivo, la participación de **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO** no resultaba atractiva mientras el contendor fuera el propietario de las materias primas, porque éste tenía injerencia en las ofertas de los tres proponentes y porque podía hacer posturas económicas más eficientes."

De cara a lo anterior, agregó la Delegatura que de encontrarse que las circunstancias anómalas e irregulares mencionadas fueron consentidas por **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO**, se estaría en un evento de colusión por objeto. Adiciona que hasta este punto del proceso licitatorio, los demás proponentes investigados manifestaron desconocer del interés de **INCOEQUIPOS** en participar en la licitación hasta el cierre de la misma y que no era posible desprender ese interés de la sola acta de visita, porque esta fue suscrita por el consorcio **VÍAS NARIÑO**, sin que pudiera deducirse quiénes eran los componentes de ese consorcio.

4.3.3. Del cierre del proceso a la declaratoria de desierto de la licitación

Posterior al análisis efectuado hasta el cierre de la licitación, la Delegatura hace una descripción cronológica de los hechos acaecidos desde la recepción de las ofertas hasta declaratoria de desierto del proceso, a través de la siguiente gráfica:

Imagen No. 3 Línea de tiempo desde cierre hasta declaratoria de desierto



Fuente: Elaboración SIC

La anterior gráfica muestra que fueron varios los escenarios anteriores a la presente actuación administrativa en los que se requirió a los investigados para que explicaran la similitud en sus ofertas, y a pesar de esto, en ninguno de ellos se manifestó que las coincidencias en las propuestas se debían a la celebración de contratos de mandato con **INCOEQUIPOS**, aspecto que sólo salió a relucir como explicación en la investigación de la

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

SIC. Tal hecho hace que existan serias dudas sobre la veracidad de las explicaciones que hoy presentan los investigados.

Así las cosas, al ser cuestionado por las coincidencias señaladas por **SAHO** y aquellas otras demostradas por el **INVÍAS** y la **DIJIN** en el análisis de los medios ópticos aportados por los proponentes, **INCOEQUIPOS** guardó silencio sobre la existencia del mandato que hoy alega, y aún peor, prefirió ocultar el acuerdo y perder la posibilidad de beneficiarse como proveedor de sus mandantes al dar un paso al lado tras reconocer la deslealtad hoy reconocida, justificando de esa forma la existencia de tales similitudes tanto ante el ente contratante, como respecto a la averiguación penal que adelantó la **FISCALÍA**.

Es de resaltar que el silencio frente al mandato celebrado con **INCOEQUIPOS** no sólo hizo presencia durante los requerimientos del **INVÍAS**, sino que el mismo se mantuvo a lo largo del trámite penal adelantado en **FISCALÍA**, de tal suerte que en caso de ser cierta la creativa versión de los investigados, podría tratarse de un posible ocultamiento de pruebas en los mencionados trámites llevados a cabo.

Por otra parte para la Delegatura resulta raro que haya sido **SAHO** el que denunció los primeros visos de irregularidades y no los mismos mandantes cuando descubrieron que su colaborador, quien según ellos no se presentaría a la licitación, efectivamente presentó propuesta formal, lo cual habría asaltado a los supuestos mandantes en su buena fe, según lo manifestaron ante la **SIC**.

Posteriormente, la Delegatura procede a hacer un análisis de la conducta de cada uno de los investigados frente a las conclusiones expuestas hasta el momento.

Expone que **VÍAS NARIÑO** tenía al momento de presentar su propuesta las ofertas de otros tres proponentes, situación que lo extraía de la neutralidad informativa en la que se desenvolvían los demás oferentes, permitiéndole así presentar una oferta óptima para lograr la adjudicación del contrato. Así mismo, y en virtud de que había negociado la posibilidad de ser el proveedor de materiales de esos mismos tres proponentes de los materiales que su planta asfáltica podía proveer, en el evento en que cualquiera de esos tres proponentes resultara adjudicatario, él recibiría las utilidades propias de proveer los bienes que habrían acordado podría aportar, ubicándolo en una posición de "gana-gana" en la que beneficiaría con la adjudicación del contrato a él o a cualquiera de los otros tres proponentes investigados.

En segundo lugar, la Delegatura expone la situación de **GISAICO**, quien ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad, y que al ser requerido por el **INVÍAS** en virtud de los señalamientos de **SAHO** se limitó exclusivamente a manifestar la elaboración de su oferta en sus instalaciones en Envigado. Lo anterior, sin manifestar nada sobre la existencia del contrato de mandato con **INCOEQUIPOS** que argumentan en la presente actuación.

Teniendo en cuenta lo manifestado por **GISAICO** respecto a su participación independiente, no se encontró explicación para que siendo asaltado en su buena fe por parte de **INCOEQUIPOS**, **GISAICO** no expusiera que dicha sociedad abusó de la confianza que en ellos depositaron, pues **INCOEQUIPOS**: i) omitió informarle su participación al proceso en que iban a presentarse, y el cual fue el motivo por el que le confiaron su oferta económica y la entrega de la propuesta (de lo que dependía un elemento esencial para resultar adjudicatario y su participación respectivamente); y ii) entregó documentos (índice y CD de la

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

propuesta económica) de parte de **GISAICO** sin que los mismos le hubiesen sido remitidos por dicha sociedad.

Estas dos conclusiones respecto al actuar de **INCOEQUIPOS** habrían justificado las coincidencias denunciadas y hubiese dejado ver el verdadero interés de **GISAICO** como proponente independiente en condiciones de competencia. El no haberse expuesto tal situación en su momento, permitió a la Delegatura concluir que **GISAICO** conocía de la participación de **INCOEQUIPOS** como proponente en la licitación.

En tercer lugar, la Delegatura expone el caso de **PAVIGAS** y **ESTYMA** quienes también guardaron silencio respecto a la existencia del mandato con **INCOEQUIPOS** en las sedes de **INVÍAS** y **FISCALÍA**. No obstante, a diferencia de **GISAICO**, no manifestaron que las ofertas fueron elaboradas en sus instalaciones, sino que se sometían a lo probado y la protección que les brindaba la presunción de buena fe. No le cabe duda a la Delegatura en afirmar que estas dos sociedades estaban en un escenario claro para justificar, por medio del reconocimiento de dicho contrato consensual, las similitudes halladas y de paso, descalificar no sólo a su mandatario por abuso de confianza, sino a los demás proponentes que colaboraron con él.

Con lo anterior, estas sociedades hubiesen podido explicar las semejanzas existentes y, adicionalmente, hubieran logrado sacar del juego a **GISAICO**, quien estaba en primer lugar de elegibilidad. De hecho, con esta conducta hubiesen podido excluir a **VÍAS NARIÑO** que ocupaba la segunda casilla, logrando así acercarse a su fin lógico en un escenario de competencia, la adjudicación del contrato.

El silencio que mantuvieron las investigadas en sede del **INVÍAS** y **FISCALÍA**, según la Delegatura, demuestra que lejos de haberse celebrado un contrato de mandato, lo que se ejecutó en este caso fue un acuerdo colusorio en el que participaron **INCOEQUIPOS** y **GISAICO**.

Resalta la Delegatura que fueron más de 9 meses en que el **INVÍAS** estuvo involucrado en la problemática jurídica que se suscitó a partir del descubrimiento de las señales de alerta, suspendiendo audiencias, interrumpiendo el proceso hasta la expedición de los dictámenes de las autoridades de policía judicial. En esos 9 meses no hubo un sólo pronunciamiento de los investigados para explicar lo que en este trámite explican, ni para tachar de desleal el comportamiento de **INCOEQUIPOS**, cuestión que pone en duda la espontaneidad y veracidad de los argumentos que hoy presentan ante la **SIC**.

Sus intervenciones, en cambio, se limitaron a desconocer los motivos de las coincidencias y similitudes que aparecían innegables en el curso del procedimiento, y a reiterar que sus valores se habían fijado independientemente.

Ese comportamiento, según la Delegatura, resulta explicable solamente si se parte de la existencia de un pacto colusorio entre los investigados (con excepción de **PAVIANDINOS**), en el que los competidores actuaban coordinadamente y no buscaban descalificaciones recíprocas sino ganancias conjuntas.

Para la Delegatura, el hecho de que **GISAICO**, **PAVIGAS** y **ESTYMA** dejaran en manos de **INCOEQUIPOS** la presentación de sus ofertas, y compartieran las ofertas económicas con anterioridad a la entrega de las propuestas, generó una asimetría en la información entre los proponentes coludidos y los proponentes en competencia. Esta situación se tradujo en una

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

ventaja competitiva ilegal en favor de **INCOEQUIPOS, GISAICO, PAVIGAS y ESTYMA**, pues al tener conocimiento de 4 ofertas económicas se facilitó la posibilidad de establecer una estrategia más efectiva para lograr la adjudicación del contrato.

Así mismo, destaca la Delegatura que con su actuar, **INCOEQUIPOS, GISAICO, PAVIGAS y ESTYMA** pusieron en peligro el proceso competitivo dentro de la licitación bajo estudio, y no obstante fueron requeridos en explicaciones, mantuvieron la ficción de haber actuado independientemente. Adicionalmente, resalta que la no producción del efecto adjudicador de la conducta colusorio se interrumpió por un factor exógeno a la voluntad de los investigados, pues fue el actuar responsable de la entidad contratante que, a través de la terminación del proceso por ausencia de garantías de transparencia y objetividad, evitó la producción del efecto buscado.

Señala la Delegatura que **GISAICO, PAVIGAS y ESTYMA** no sólo omitieron denunciar o poner de presente una irregularidad que conocían, sino que ocultaron conscientemente una situación anticompetitiva cuando expresamente se les requirió que aclaran las coincidencias que las varias ofertas presentaban, haciendo visible el hecho de que entre todos existía un genuino ánimo de cooperación y no de competencia.

Lo anterior, es la razón para que la Delegatura considere que sí existió un acuerdo, independientemente de su formalización, y no un acto unilateral anticompetitivo de sólo uno de los investigados.

4.4. Análisis de instrumentos probatorios.

Además de lo anterior, la Delegatura examinó los documentos que hicieron parte de las ofertas presentadas en la licitación, y concluyó que sus similitudes demostraban la preparación conjunta o coordinada de las ofertas.

4.4.1. Identidad en las propuestas económicas de GISAICO y VÍAS NARIÑO

Pone de presente la Delegatura el informe de policía judicial del 7 de mayo de 2012¹³, firmado por **ALEXANDRA QUINTERO MONTEALEGRE**, en el que se plantearon 18 coincidencias en los valores de los ítems presentados por **GISAICO y VÍAS NARIÑO**, como se evidencia a continuación:

Imagen No. 4 Coincidencias de las Propuestas Económicas

DESCRIPCIÓN	VALOR GISAICO	VALOR CONSO- VIAS NARIÑO
Excavación en material común de la explanación y canales	\$90.571.760.00	\$90.571.760.00
Riego de liga con emulsión asfáltica	\$35.904.000.00	\$35.904.000.00
Excavaciones varias sin clasificar	\$62.630.190.00	\$62.630.190.00
Excavaciones varias en roca	\$88.706.464.00	\$88.706.464.00
lleno para estructuras	\$57.134.890.00	\$57.134.890.00
Material filtrante	\$569.221.320.00	\$569.221.320.00
Concreto clase D (210Kg/cm2)	\$58.592.160.00	\$58.592.160.00
Concreto clase G (ciclópeo 140Kg/cm2)	\$125.597.461.00	\$125.597.461.00
Acero de refuerzo grado 60	\$36.991.649.00	\$36.991.649.00
Tubería de concreto reforzado (F=900mm)	\$104.621.560.00	\$104.621.560.00
Geotextil	\$85.749.300.00	\$85.749.300.00
Gaviones	\$109.761.048.00	\$109.761.048.00
Señalización	\$137.180.213.00	\$137.180.213.00
Lineas de marcación	\$18.208.800.00	\$18.208.800.00
Señales de tránsito Grupo 1	\$13.030.490.00	\$13.030.490.00
Defensa metálica	\$101.249.400.00	\$101.249.400.00
Terminales para defensa metálica	\$3.266.076.00	\$3.266.076.00
Sección de Tope	\$1.425.447.00	\$1.425.447.00

Fuente: Informe Policía Judicial folio 69 del cuaderno No. 1 del Expediente.

¹³ Folios 67 a 73 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 15

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Una vez preguntados los investigados sobre estas similitudes, las explicaciones se limitaron a manifestar que los valores coincidentes eran también idénticos con los ofrecidos por el presupuesto oficial. Por lo anterior, la Delegatura expone la comparación de los valores ofrecidos por el presupuesto oficial respecto de los ítems coincidentes que presentaron **GISAICO** y **VÍAS NARIÑO**.

Imagen No. 5 Comparación ofertas con el presupuesto oficial

Excavación en material común de la explanación y canales.	90.571.760,00	90.571.760,00	90.571.760,00
Transporte de materiales provenientes de la excavación de la explanación y canales para distancias mayores de mil metros (1000m).	158.558.400,00	142.758.000,00	155.509.200,00
	249.130.160,00	233.329.760,00	246.080.960,00
Subbase granular (CBR >= 30%)	875.179.600,00	838.525.200,00	857.683.200,00
Base granular	595.398.510,00	565.628.940,00	583.496.370,00
	1.470.578.110,00	1.404.154.140,00	1.441.179.570,00
Riego de lgs con emulsión asfáltica	35.904.000,00	35.904.000,00	35.904.000,00
Impregnación	110.847.000,00	79.266.000,00	77.616.000,00
Mezcla densa en caliente tipo MDC - 2	1.662.612.625,00	1.479.727.847,00	1.463.099.110,00
	1.809.363.625,00	1.594.897.847,00	1.578.619.110,00
Excavaciones varias sin clasificar	62.630.190,00	62.630.190,00	62.630.190,00
Excavaciones varias en rocas	88.706.464,00	88.706.464,00	88.706.464,00
Relleno para estructuras	57.134.890,00	57.134.890,00	57.134.890,00
Material fibrante	269.221.320,00	269.221.320,00	269.221.320,00
Concreto clase D (210 Kg/cm ²)	58.592.160,00	58.592.160,00	58.592.160,00
Concreto clase F (140 Kg/cm ²)	136.057.038,00	131.975.636,00	133.336.229,00
Concreto G (ciclópeo - 140 Kg/cm ²)	125.597.461,00	125.597.461,00	125.597.461,00
Aceero de refuerzo grado 60	36.991.649,00	36.991.649,00	36.991.649,00
Tubería de concreto reforzado (f = 900 mm)	104.621.560,00	104.621.560,00	104.621.560,00
Cunetas revestidas en concreto (berma cuneta 210Kg/cm ²)	307.508.896,00	289.800.000,00	301.358.880,00
Geotextil	85.749.300,00	85.749.300,00	85.749.300,00
Gaviones	111.054.024,00	109.761.048,00	109.761.048,00
	1.443.864.952,00	1.420.781.678,00	1.433.701.151,00
Líneas de demarcación	18.208.800,00	18.208.800,00	18.208.800,00
Señales de tránsito grupo I	13.030.490,00	13.030.490,00	13.030.490,00
Defensa metálica	101.249.400,00	101.249.400,00	101.249.400,00
Terminales para defensa metálica	3.266.076,00	3.266.076,00	3.266.076,00
Sección de Topé	1.425.447,00	1.425.447,00	1.425.447,00
	137.180.213,00	137.180.213,00	137.180.213,00
	5.110.117.060,00	4.790.343.638,00	4.834.761.004,00

Fuente: Inspección al SECOP contenido en CD en folio 3090 del Cuaderno No. 15 del Expediente.

De lo anterior, la Delegatura resaltó dos cosas: (i) la afirmación sobre la existencia de coincidencias entre las ofertas económicas de **GISAICO** y **VÍAS NARIÑO** en razón de su identidad con los valores determinados en el presupuesto oficial, se rompe respecto al ítem de "Gaviones", pues son coincidentes los valores ofertados por los dos proponentes mencionados, pero difieren del presupuesto oficial; situación que pese a ser una de 18, es igualmente extraña por la coincidencia exacta; y (ii) si bien los demás ítems son coincidentes con el presupuesto oficial, no se elude la extrañeza que genera el hecho de que estos valores que coinciden con el presupuesto oficial, sean los únicos ítems en que **GISAICO** y **VÍAS NARIÑO** guarden identidad con los ofrecidos por la entidad contratante.

Por lo anterior, resulta obvio para la Delegatura que **INCOEQUIPOS** sí accedió, en virtud del contrato de mandato, a la información de la oferta económica de su mandante y que ese aprovisionamiento indebido permitió la construcción de la oferta complementaria presentada por **VÍAS NARIÑO**.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

4.4.2. Identidad en la forma de las propuestas presentadas

La Delegatura, en consonancia con el análisis de FISCALÍA, expone las múltiples similitudes encontradas en las ofertas presentadas por los investigados en la forma de sus propuestas, a saber:

En la carátula de las propuestas:

Inicia la Delegatura con la exposición la forma en que se plasmó el número del proceso licitatorio en cada una de las carátulas de las ofertas presentadas.

Imagen No. 6 Número de la Licitación en la carátula de la propuesta de PAVIGAS

LICITACION PÚBLICA No. LP-SGT- GPD-042 - 2009

Fuente: Folio 119 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

Imagen No. 7 Número de la Licitación en la carátula de la propuesta de GISAICO

LICITACION PÚBLICA No. LP-SGT- GPD-042 - 2009

Fuente: Folio 293 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

Imagen No. 8 Número de la Licitación en la carátula de la propuesta de ESTYMA

LICITACION PÚBLICA No. LP-SGT- GPD-042 - 2009

Fuente: Folio 410 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

Imagen No. 9 Número de la Licitación en la carátula de la propuesta de VÍAS NARIÑO

LICITACION PÚBLICA No. LP-SGT- GPD-042 - 2009

Fuente: Folio 535 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

A partir de lo anterior, la Delegatura encontró que las cuatro propuestas presentadas por los investigados coinciden en la separación de caracteres al nombrar el proceso licitatorio en 4 particularidades: (i) no existen espacios entre los guiones que separan "LP" y "SGT"; (ii) no hay espacios entre "GPD" y "042"; (iii) sólo hay espacio a la derecha entre el guion que separa "SGT" y "GPD"; y (iv) hay espacio a ambos lados del guion que separa "042" y "2009". Así mismo, con miras a hacer una valoración comparativa de estas coincidencias, la Delegatura expone las carátulas de los otros dos proponentes para demostrar que las coincidencias no se encuentran en ellos.

Imagen No. 10 Número de la Licitación en la carátula de la propuesta de SAHO

LP-SGT-GPD-042-2009

Fuente: Folio 719 del Cuaderno No. 4 del Expediente.

Imagen No. 11 Número de la Licitación en la carátula de la propuesta de GALERAS

LICITACIÓN PÚBLICA No. SGT-GPD-042-2009

Fuente: Cd contenido en Folio 3126 del Cuaderno No. 16 del Expediente.

En las tablas de contenido de las propuestas:

De igual forma, la Delegatura revisó las tablas de contenido de las propuestas presentadas por los 4 proponentes investigados y encontró que en 3 de ellas (PAVIGAS, ESTYMA y

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 17

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

GISAICO) existe una identidad sobre el formato empleado para el cuadro contenido del índice de cada una de las propuestas.

Imagen No. 12 Índice de PAVIGAS

	TÍTULO	PÁGINA
1.	CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA	000001
2.	CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL	000006
3.	REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - R.U.P	000011
4.	GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	000027
5.	CERTIFICADO DE APORTES AL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL	000039
6.	DECLARACION JURAMENTADA ACREDITACION DE EXPERIENCIA	000041
7.	FORMULARIO No. 2 - ACREDITACION DE EXPERIENCIA	000043
8.	FACTOR DE CALIDAD - RELACION DE EQUIPO ADICIONAL	000114
9.	FORMULARIO DE INFORMACION FINANCIERA	000119
10.	ESTADOS FINANCIEROS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008	000121
11.	DECLARACION DE RENTA 2008	000152
12.	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL	000156
13.	COMPROMISO DE TRANSPARENCIA	000158
14.	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES	000161
15.	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS	000164
16.	COMPROMISO DE APOYO AL PROGRAMA DE REINCORPORACION	000167
17.	ACEPTACION DE REQUISITOS TECNICOS MINIMOS	000170
18.	CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA	000172
19.	CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATO	000177

Fuente: Folio 120 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

Imagen No. 13 Índice de ESTYMA

	TÍTULO	PÁGINA
1.	CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA	000001
2.		000007
3.	CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL	000008
4.	ACTA DE AUTORIZACION PARA PRESENTAR PROPUESTA	000016
5.	REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - R.U.P	000019
6.	GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	000028
7.	CERTIFICADO DE APORTES AL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL	000040
8.	DECLARACION JURAMENTADA ACREDITACION DE EXPERIENCIA	000042
9.	FORMULARIO No. 2 - ACREDITACION DE EXPERIENCIA	000044
10.	FACTOR DE CALIDAD - RELACION DE EQUIPO ADICIONAL	000057
11.	FORMULARIO DE INFORMACION FINANCIERA	000065
12.	ESTADOS FINANCIEROS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008	000067
13.	DECLARACION DE RENTA 2008	000100
14.	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL	000106
15.	COMPROMISO DE TRANSPARENCIA	000108
16.	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES	000111
17.	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS	000114
18.	COMPROMISO DE APOYO AL PROGRAMA DE REINCORPORACION	000117
19.	ACEPTACION DE REQUISITOS TECNICOS MINIMOS	000121
20.	CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA	000123
21.	CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATO	000128

Fuente: Folio 411 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

Imagen No. 14 Índice de GISAICO

	TÍTULO	PÁGINA
1.	CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA	000001
2.	CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL	000006
3.	ACTA DE AUTORIZACION PARA PRESENTAR PROPUESTA	000014
4.	REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - R.U.P	000017
5.	GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	000030
7.	CERTIFICADO DE APORTES AL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL	000042
8.	DECLARACION JURAMENTADA ACREDITACION DE EXPERIENCIA	000044
9.	FORMULARIO No. 2 - ACREDITACION DE EXPERIENCIA	000046
10.	FACTOR DE CALIDAD - RELACION DE EQUIPO ADICIONAL	000055
11.	FORMULARIO DE INFORMACION FINANCIERA	000060
12.	ESTADOS FINANCIEROS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008	000062
13.	DECLARACION DE RENTA 2008	000087
14.	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL	000092
15.	COMPROMISO DE TRANSPARENCIA	000094
16.	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES	000097
17.	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS	000100
18.	COMPROMISO DE APOYO AL PROGRAMA DE REINCORPORACION	000103
19.	ACEPTACION DE REQUISITOS TECNICOS MINIMOS	000106
20.	CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA	000108
21.	CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATO	000113

Fuente: Folio 294 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 18

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

De lo anterior, la Delegatura resaltó que los índices de las 3 propuestas se realizaron bajo el mismo formato, con identidad de fuente, estructura de tabla, espacios entre filas y numeración de 6 dígitos para identificar el folio.

Adicionalmente, respecto al cuarto proponente investigado, **VÍAS NARIÑO**, si bien la estructuración de fuente y espacios entre líneas resulta diferente al de los otros 3 investigados descritos anteriormente, tiene la misma forma de identificar los folios de cada uno de los documentos, es decir, con 6 dígitos como se evidencia a continuación.

Imagen No. 15 Índice de VÍAS NARIÑO

CAPITULO		Pág.
1.	CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA	000001
2.	CARTA DE INFORMACION DE CONSORCIOS	000006
3.	CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL	000009
4.	ACTA DE AUTORIZACION PARA PRESENTAR PROPUESTA	000023

Fuente: Folio 536 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

Así como con las carátulas, la Delegatura expuso de forma comparativa los índices de los otros dos proponentes, de lo que concluye que sus tablas de contenido divergen de las demás en forma, fuente y estructuración de la tabla.

Imagen No. 16 Índice de SAHO y GALERAS

SAHO			GALERAS	
No.	DESCRIPCIÓN DOCUMENTO	FOLIO	DESCRIPCIÓN	FOLIO
Índice detallado de los documentos de la propuesta SOBRE No. 1				
1	Carta de presentación de la propuesta	1	1.-Carta de Presentación de la Propuesta	3
1.1	Cédula, Matrícula Profesional y Certificado de Vigencia del Representante Legal del Consorcio	5	2.-Matrícula Profesional	8
2	Carta de Información del Consorcio	9	3.-Vigencia de la Matrícula	10
2.1	Cédula del Representante Legal del Ingeniero Jose Libardo Holguín Díaz	12	4.-Carta Consorcial	12
2.2	Cédula del Representante Legal de Sello Construcciones Ltda.	15	5.-Cédula Persona Natural	15
3	Certificados de Existencia y Representación Legal	19	6.-RUP	18
3.1	Certificado de Existencia y Representación Legal del Ingeniero Jose Libardo Holguín Díaz	20		
3.2	Certificado de Existencia y Representación Legal de Sello Construcciones Ltda.	22		

Fuente: Folio 720 del Cuaderno No. 4 y Folio 3126 del Cuaderno No. 16 del Expediente.

Por otra parte, la Delegatura comparó los títulos de cada una de las secciones marcadas en los índices y encontró que pese a tener identidad entre los títulos de las propuestas de los proponentes investigados, éstas difiere de la nomenclatura ofrecida en el pliego de condiciones para los siguientes títulos: certificado de inscripción en el registro único de proponentes, garantía de seriedad de la oferta, declaración juramentada para la acreditación de experiencia, certificación de pagos de seguridad social y aportes parafiscales, formulario no. 2. experiencia, otorgamiento de puntaje por factor de calidad (equipos adicional), formulario no. 3 – información financiera, certificado de antecedentes fiscales contraloría general de la república, certificado de antecedentes disciplinarios procuraduría general de la nación, programa de reincorporación, carta de aceptación de todos y cada uno de los ítems relacionados en el presupuesto oficial (formulario no. 1) y requisitos técnicos mínimos y visita técnica obligatoria al sitio de las obras (cuando aplique); como se evidencia a continuación.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Tabla No. 1 Comparación títulos del índice

PAVIGAS	GISAICO
CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA	CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA
CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL	CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL
REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - R.U.P	REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - R.U.P
GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA
CERTIFICADO DE APORTES AL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL	CERTIFICADO DE APORTES AL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL
DECLARACION JURAMENTADA ACREDITACION DE EXPERIENCIA	DECLARACION JURAMENTADA ACREDITACION DE EXPERIENCIA
FORMULARIO No. 2 - ACREDITACION DE EXPERIENCIA	FORMULARIO No. 2 - ACREDITACION DE EXPERIENCIA
FACTOR DE CALIDAD - RELACION DE EQUIPO ADICIONAL	FACTOR DE CALIDAD - RELACION DE EQUIPO ADICIONAL
FORMULARIO DE INFORMACION FINANCIERA	FORMULARIO DE INFORMACION FINANCIERA
ESTADOS FINANCIEROS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008	ESTADOS FINANCIEROS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008
DECLARACION DE RENTA 2008	DECLARACION DE RENTA 2008
APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL
COMPROMISO DE TRANSPARENCIA	COMPROMISO DE TRANSPARENCIA
CRETIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES	CRETIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES
CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS
COMPROMISO DE APOYO AL PROGRAMA DE REINCORPORACION	COMPROMISO DE APOYO AL PROGRAMA DE REINCORPORACION
ACEPTACION DE REQUISITOS TECNICOS MINIMOS	ACEPTACION DE REQUISITOS TECNICOS MINIMOS
CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA	CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA
CAPACIDAD RECIDUAL DE CONTRATO	CAPACIDAD RECIDUAL DE CONTRATO
ESTYMA	VIAS 2500
CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA	CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA
CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL	CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL
ACTA DE AUTORIZACION PARA PRESENTAR PROPUESTA	ACTA DE AUTORIZACION PARA PRESENTAR PROPUESTA
REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - R.U.P	REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - R.U.P
GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA
CERTIFICADO DE APORTES AL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL	CERTIFICADO DE APORTES AL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL
DECLARACION JURAMENTADA ACREDITACION DE EXPERIENCIA	DECLARACION JURAMENTADA ACREDITACION DE EXPERIENCIA
FORMULARIO No. 2 - ACREDITACION DE EXPERIENCIA	FORMULARIO No. 2 - ACREDITACION DE EXPERIENCIA
FACTOR DE CALIDAD - RELACION DE EQUIPO ADICIONAL	FACTOR DE CALIDAD - RELACION DE EQUIPO ADICIONAL
FORMULARIO DE INFORMACION FINANCIERA	FORMULARIO DE INFORMACION FINANCIERA
ESTADOS FINANCIEROS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008	ESTADOS FINANCIEROS A 31 DE DICIEMBRE DE 2008
DECLARACION DE RENTA 2008	DECLARACION DE RENTA 2008
APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL
COMPROMISO DE TRANSPARENCIA	COMPROMISO DE TRANSPARENCIA
CRETIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES	CRETIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES
CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS	CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS
COMPROMISO DE APOYO AL PROGRAMA DE REINCORPORACION	COMPROMISO DE APOYO AL PROGRAMA DE REINCORPORACION
ACEPTACION DE REQUISITOS TECNICOS MINIMOS	ACEPTACION DE REQUISITOS TECNICOS MINIMOS
CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA	CERTIFICADO DE VISITA DE OBRA
CAPACIDAD RECIDUAL DE CONTRATO	CAPACIDAD RECIDUAL DE CONTRATO

Fuente: Elaboración SIC

RESOLUCIÓN NÚMERO 8 3 0 3 7 DE 2014 Hoja No. 20

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Tabla No. 2 Títulos empleados por el pliego

PLIEGO
CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA.
CARTA DE INFORMACIÓN DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES.
CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL.
CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES.
GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA
DECLARACIÓN JURAMENTADA PARA ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA
CERTIFICACIÓN DE PAGOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES.
FORMULARIO No. 2. EXPERIENCIA
OTORGAMIENTO DE PUNTAJE POR FACTOR DE CALIDAD (EQUIPOS ADICIONAL)
FORMULARIO No. 3. - INFORMACIÓN FINANCIERA.
RECIPROCIDAD.
APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL
COMPROMISO DE TRANSPARENCIA:
CERTIFICADO DE ANTECEDENTES FISCALES CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
PROGRAMA DE REINCORPORACIÓN
SICE
CERTIFICACIÓN DE MIPYMES:
ACREDITACIÓN DE PERSONAL CON LIMITACIONES (LEY 361 DE 1997)
CARTA DE ACEPTACIÓN DE TODOS Y CADA UNO DE LOS ITEMS RELACIONADOS EN EL PRESUPUESTO OFICIAL (FORMULARIO No. 1) Y REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS
VISITA TÉCNICA OBLIGATORIA AL SITIO DE LAS OBRAS (CUANDO APLIQUE).

Fuente: Elaboración SIC

Así las cosas, la Delegatura observó detenidamente cada una de las propuestas presentadas para lograr identificar el motivo para la extraña coincidencia en la numeración de los folios de las tablas de contenido con 6 dígitos. Del anterior proceso, se encontró que una respuesta razonable para tal coincidencia radica en que la numeración de cada una de las páginas de las mismas fue numerada con un numerador mecánico que siempre imprime a los folios una digitación de 6 caracteres.

Puso de presente la Delegatura que en declaraciones de **GISAICO**, esta sociedad desconoce el documento contentivo del índice de su propuesta, pero se reitera que el documento fue aportado a este proceso administrativo en su original por parte de la **FISCALÍA** y nunca fue tachado en su oportunidad cuando se le reconoció valor probatorio mediante la Resolución que decretó y negó pruebas.

De igual modo, si bien **GISAICO** sostiene que el índice no salió de sus oficinas en Envigado, no desvirtuó en ningún momento que el índice contenido en el expediente no haga parte del entregado al **INVÍAS** por parte de **INCOEQUIPOS**, y más aún, una vez entregada su oferta nunca manifestó la introducción de documentos extraños en su propuesta.

Los investigados argumentan que la similitud de las tablas de contenido de las ofertas de **VÍAS NARIÑO**, **ESTYMA** y **PAVIGAS**, se explica en virtud del mandato otorgado a **INCOEQUIPOS**, quien habría elaborado las propuestas. Sin embargo, lo anterior no explica la similitud con la propuesta de **GISAICO**, quien manifestó que **INCOEQUIPOS** les prestó colaboración exclusivamente en el ingeniero que asistió a la visita obligatoria y la entrega de la propuesta remitida por ellos, por lo cual no existe razón válida para que su tabla de contenido sea idéntica a la elaborada por **INCOEQUIPOS** a favor de **ESTYMA** y **PAVIGAS**. Si fuera cierto que la tabla fue incorporada por **INCOEQUIPOS** sin consentimiento de

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 21

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

GISAICO, cosa que no ha sido alegada, tal argumento hubiese sido mencionado como constitutivo de abuso de confianza frente al reproche que ya había hecho **INVÍAS**.

En la carta de presentación de las propuestas:

Revisadas las cartas de presentación de las propuestas radicadas por los 4 proponentes investigados, la Delegatura encontró que en 3 de ellas (**PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**) existe una identidad en un error mecanográfico al repetir en el título del documento la expresión "carta de", por lo que su literalidad quedó como "carta de carta de presentación de la propuesta".


Imagen No. 17 Títulos cartas de presentación **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**

PAVIGAS	ESTYMA	VÍAS NARIÑO
<u>CARTA DE CARTA DE PRESENTACIÓN</u>	CARTA DE CARTA DE PRESENTACIÓN	CARTA DE CARTA DE PRESENTACIÓN

Fuente: Folio 122 del Cuaderno No. 1 y 413 y 539 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

Sobre el particular, resulta importante aclarar que en el modelo otorgado por el **INVÍAS** dentro del pliego de condiciones no existe este error de repetición de la expresión "carta de", pues en su contenido se lee "**MODELO DE LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA**".

Imagen No. 18 Modelo carta de presentación de propuesta

	Licitación Pública No. LICITACION PÚBLICA No. LP-SGT-GPD-PRE-042 - 2009	125
	Pliego de Condiciones Plan 2500	
MODELO DE LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA		
Señores		
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS		
Carrera 59 No. 26-60 – CAN		
Bogotá, D.C.		
REFERENCIA:	Licitación Pública No. _____	

Fuente: Inspección al **SECOP** contenido en CD en folio 3090 del Cuaderno No. 15 del Expediente.

Frente a lo anterior, **PAVIGAS** y **ESTYMA** sostienen de una u otra forma, que el error se pudo producir por la remisión de formatos por parte de **INCOEQUIPOS**, pues el desliz podría provenir del formato remitido y un error de revisión que permitió que el mismo se mantuviese hasta el documento final.

Independientemente de lo anterior, llamó poderosamente la atención de la Delegatura el hecho de que manifiesten la naturalidad de recibir los formatos de **INCOEQUIPOS**, mantener el mismo error mecanográfico, pero cambiar las condiciones de la fuente empleada en cada

RESOLUCIÓN NÚMERO 8 3 0 3 7 DE 2014 Hoja No. 22

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

uno de ellos, pues como se evidencia de la imagen expuesta, la carta de **PAVIGAS** se titulaba con letra con **negrilla** y **subrayado**; la carta de **ESTYMA** únicamente mantuvo la **negrilla**; y la de **VÍAS NARIÑO** no tenía ni **negrilla** ni **subrayado**; en un claro intento de ocultar el origen común de los documentos, pero pasando por alto el error mecanográfico señalado, el cual los dejó en evidencia.

Por lo anterior, si los cambios de fuente fueron realizados por cada uno de los proponentes, no se explica la permanencia del error mecanográfico; y si dicho cambió se surtió en **INCOEQUIPOS**, se deja en evidencia la intención de esta sociedad de ocultar la colaboración que hoy en día argumentan como legítima, pero que inicialmente pretendían esconder y callar.

Similitudes en las pólizas de garantía de seriedad de la oferta:

Respecto a las pólizas de garantía de seriedad de la oferta presentada por los proponentes investigados, la Delegatura encontró que son coincidentes en la aseguradora, la sucursal y el intermediario de seguros. Así mismo, las pólizas son consecutivas.

Tabla No 3 Relación de las pólizas

TOMADOR	ASEGURADORA	SUCURSAL	NÚMERO	INTERMEDIARIO
ESTYMA	MAPFRE	PARQUE 93	3305309000754	Monroy Garcia Consultores Asoc
PAVIGAS	MAPFRE	PARQUE 93	3305309000755	Monroy Garcia Consultores Asoc
GISAICO	MAPFRE	PARQUE 93	3305309000756	Monroy Garcia Consultores Asoc
VÍAS NARIÑO	MAPFRE	PARQUE 93	3305309000758	Monroy Garcia Consultores Asoc

Fuente: Elaboración SIC.

Imagen No. 19 Póliza de ESTYMA

		POLIZA			
UNICA CUMPLIMIENTO ENTIDADES ESTATALES LEY 8					
INFORMACION GENERAL					
RAMO / PRODUCTO	POLIZA	CERTIFICADO	FACTURA	OPERACION	OFICINA MAPFRE
705	3305309000754	0	1		PARQUE 93
ASEGURADO Y/O AFIANZADO	ESTYMA S.A				
DIRECCION	CRRA 65 # 32D-24	CIUDAD	MEDELLIN		
TOMADOR Y/O AFIANZADO	N.D.				
DIRECCION	N.D.				
DIRECCION	CIUDAD				
DIRECCION	N.D.				
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS				
DIRECCION	CAN	CIUDAD	BOGOTA D.C.		
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO	N.D.				
DIRECCION	N.D.				
DIRECCION	CIUDAD				
DIRECCION	N.D.				
INFORMACION DE LA POLIZA					
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA		
DIA	MES	AÑO	INICIACION	TERMINACION	No DIAS
19	10	2009	00.00	24.00	150
			21	20	
			10	3	
			2009	2010	
PARTICIPACION DE INTERMEDIARIOS					
NOMBRE DEL PRODUCTOR			CLASE	CLAVE	
MONROY GARCIA CONSULTORES ASOC			AGENCIA COLOCADORA	4885	

Fuente: Folio 432 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 23

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 20 Póliza de PAVIGAS

MAPFRE COLOMBIA									
POLIZA									
UNICA CUMPLIMIENTO ENTIDADES ESTATALES LEY 8									
INFORMACION GENERAL									
PRODUCTO	POLIZA		CERTIFICADO	FACTURA	OPERACION	OFICINA MAPFRE			
705	330530900755		0	1		PARQUE 93			
TOMADOR Y/O AFIANZADO		PAVIGAS LTDA							
DIRECCION		CARRERA 39 N 46-104 OFICINA 201			CIUDAD	BUCARAMANGA			
TOMADOR Y/O AFIANZADO		N.D.							
DIRECCION		N.D.			CIUDAD	N.D.			
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO		INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS							
DIRECCION		CAN			CIUDAD	BOGOTA D.C.			
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO		N.D.							
DIRECCION		N.D.			CIUDAD	N.D.			
INFORMACION DE LA POLIZA									
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA						
DIA	MES	AÑO	INICIACION	HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS	INICIACION
19	10	2009	TERMINACION	00:00	21	10	2009	150	TERMINACION
				24:00	20	3	2010		
PARTICIPACION DE INTERMEDIARIOS									
NOMBRE DEL PRODUCTOR				CLASE		CLAVE			
MONROY GARCIA CONSULTORES ASOC				AGENCIA COLOCADORA		4885			

Fuente: Folio 140 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

Imagen No. 21 Póliza de GISAICO

MAPFRE COLOMBIA									
POLIZA									
UNICA CUMPLIMIENTO ENTIDADES ESTATALES LEY 8									
INFORMACION GENERAL									
PRODUCTO	POLIZA		CERTIFICADO	FACTURA	OPERACION	OFICINA MAPFRE			
705	330530900756		0	1		PARQUE 93			
TOMADOR Y/O AFIANZADO		GISAICO LTDA							
DIRECCION		CRA 42D N 45B SUR 176			CIUDAD	ENVIGADO			
TOMADOR Y/O AFIANZADO		N.D.							
DIRECCION		N.D.			CIUDAD	N.D.			
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO		INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS							
DIRECCION		CAN			CIUDAD	BOGOTA D.C.			
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO		N.D.							
DIRECCION		N.D.			CIUDAD	N.D.			
INFORMACION DE LA POLIZA									
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA						
DIA	MES	AÑO	INICIACION	HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS	INICIACION
19	10	2009	TERMINACION	00:00	21	10	2009	150	TERMINACION
				24:00	20	3	2010		
PARTICIPACION DE INTERMEDIARIOS									
NOMBRE DEL PRODUCTOR				CLASE		CLAVE			
MONROY GARCIA CONSULTORES ASOC				AGENCIA COLOCADORA		4885			

Fuente: Folio 325 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 22 Póliza de VÍAS NARIÑO

MAPFRE COLOMBIA		POLIZA			
UNICA CUMPLIMIENTO ENTIDADES ESTATALES LEY 8					
INFORMACION GENERAL					
NO / PRODUCTO	POLIZA	CERTIFICADO	FACTURA	OPERACION	OFICINA MAPFRE
370 705	3305309000758	0	1		PARQUE 93
TOMADOR Y/O AFIANZADO	INGOEQUIPOS S.A		CIUDAD	BOGOTA D.C	
DIRECCION	CALI 114 # 9 - 01 1 A OF. 1201				
TOMADOR Y/O AFIANZADO	N/D		CIUDAD	N.D.	
DIRECCION	N/D				
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS		CIUDAD	BOGOTA D.C.	
DIRECCION	CAN				
ASEGURADO Y/O BENEFICIARIO	N/D		CIUDAD	N.D.	
DIRECCION	N/D				
INFORMACION DE LA POLIZA					
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA		
DIA	MES	AÑO	HORA	DIA	MES
19	10	2009	00:00	21	10
			24:00	20	3
INICIACION			No. DIAS		
TERMINACION			150		
			INICIACION		
			TERMINACION		
PARTICIPACION DE INTERMEDIARIOS					
NOMBRE DEL PRODUCTOR			CLASE	CLAVE	
MONROY GARCIA CONSULTORES ASOC			AGENCIA COLOCADORA	4805	

Fuente: Folio 570 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

Como en los casos anteriores, la Delegatura muestra como los otros dos proponentes no coinciden con los investigados en la expedición de sus pólizas.

Imagen No. 23 Pólizas de SAHO y GALERAS

SAHO		GALERAS	
POLIZA SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDADES ESTATALES		CONTRATO SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES	
Póliza No: 994000000028. ANEXO: 0		SEGREXPO	
Asseguradora Solidaria		BANCOLDEX - GRUPO CASCE	
CALLE 15 No. 19-43 Of. 515 SUR		CALLE 72 # 4-44 Piso 12	
INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS		BOGOTA D.C.	
CARRANAMBA, SANTANDER		BOGOTA D.C.	
000.315.187-2		000.315.187-2	
000.315.187-2		000.315.187-2	

Fuente: Folio 789 del Cuaderno No. 4 y Folio 3126 del Cuaderno No. 16 del Expediente.

Teniendo en cuenta lo manifestado por los investigados al respecto, no encontré la Delegatura una justificación razonable para argumentar las coincidencias planteadas. Como se desprende del acervo probatorio, **INGOEQUIPOS** manifestó haber intermediado para la expedición de las pólizas, mientras **GISAICO** insistió en que ellos directamente gestionaron su póliza en Bogotá a través del mismo intermediario, lo cual pretenden demostrar con el pago oportuno de la póliza. Sobre este pago, la Delegatura no lo considera una razón que demuestre el actuar independiente en la consecución de las pólizas, pues si bien esa sociedad fue la única que pagó su póliza¹⁴, esto se deriva de que era la que ocupaba el primer lugar en la elegibilidad del proceso.

¹⁴ Folio 1040 del Cuaderno 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

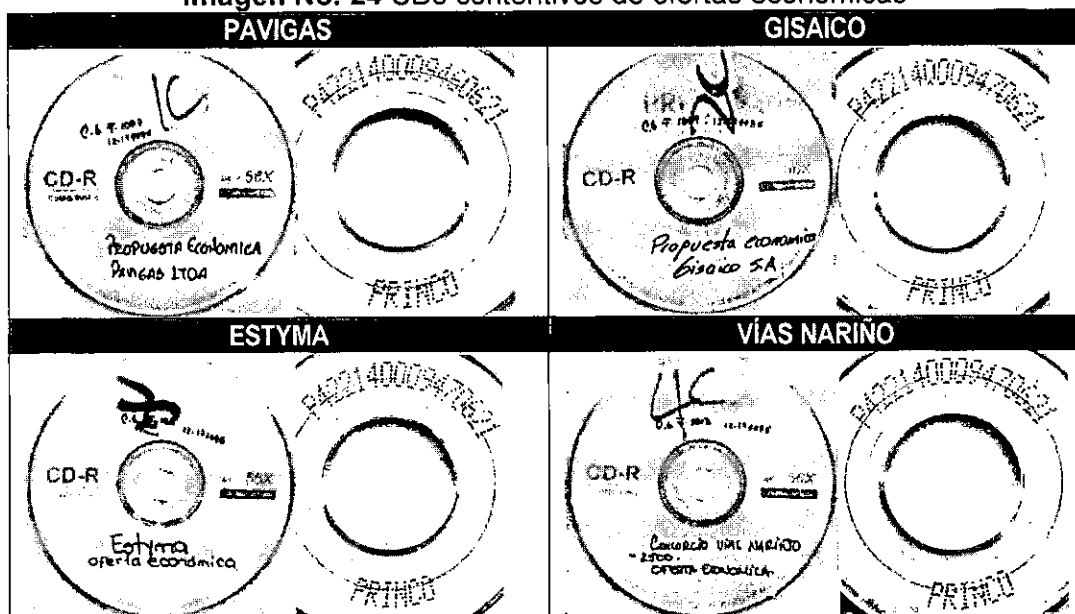
Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Similitudes físicas de los CDs contentivos de las ofertas económicas:

La Delegatura revisó los medios ópticos de almacenamiento en los que cuatro proponentes investigados entregaron las ofertas económicas y halló que los 4 son CD-R marca "PRINCO" y el serial de los discos es coincidente para tres de los investigados ("P422140009470621") y para PAVIGAS sólo varía en un dígito ("P422140009460621").

Imagen No. 24 CDs contentivos de ofertas económicas



Fuente: Folios 1007, 1009, 1011 y 1013 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

Con excepción de **GISAICO**, los investigados explicaron la identidad en el número de serie de los CDs en el contrato de mandato celebrado con **INCOEQUIPOS**, quien luego de que recibía el formulario con el análisis de precios unitarios, procedía a su grabación en el medio óptico de almacenamiento para posterior entrega a la entidad contratante.

Este suceso es de notable importancia porque refleja que **INCOEQUIPOS** tuvo conocimiento de los valores ofertados por 3 proponentes con antelación al cierre de licitación, lo que permitió el diseño libre de una estrategia colusoria. Como conclusión sobre estas coincidencias, la Delegatura manifestó:

"En primer lugar, queda suficientemente claro para esta Delegatura que los 4 discos contentivos de las ofertas económicas presentadas por los proponentes investigados fueron grabados en discos de un mismo lote, demostrando que los mismos no fueron grabados independientemente por parte de los proponentes que los entregaron.

*Por lo anterior, y atendiendo a lo manifestado por **ESTYMA**, **PAVIGAS** e **INCOEQUIPOS**, el mandato celebrado con este último contemplaba la grabación de la oferta económica que cada uno de los proponentes remitía por correo electrónico.*

*En segundo lugar, y particularmente hablando sobre el caso de **GISAICO**, quien manifiesta que el CD contenido en el Expediente no es el entregado con la oferta que salió de sus oficinas, esta Delegatura reitera lo expresado en el numeral en el que se trató el mismo argumento respecto al índice de la propuesta, pues en concepto de esta Delegatura, dicho CD fue objeto de análisis por parte del **INVÍAS** y luego por la **FGN**, sin que haya quedado evidencia del desconocimiento de este medio por parte de **GISAICO** y aún más, el mismo no*

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

fue tachado por parte de **GISAICO** en la oportunidad en que se tuvo como prueba a través de la Resolución que la decretó.

Esa consideración permite concluir que la razón por la que la oferta económica elaborada en las oficinas de **GISAICO** en la ciudad de Envigado, no corresponde íntegramente con la que finalmente se presentó en medio magnético al **INVÍAS**, no es porque haya existido una ruptura en la cadena de custodia del medio de prueba, sino porque **INCOEQUIPOS** alteró los aspectos formales del Formulario No. 1 remitido por su mandante, antes de grabarlo en el medio de almacenamiento, y esa situación palmariamente gravosa no fue denunciada por **GISAICO** en las múltiples oportunidades que tuvo ante las diferentes autoridades públicas.

Así las cosas, para este despacho resulta claro que los 4 CDs presentados por los proponentes investigados al **INVÍAS**, los cuales contenían sus ofertas económicas, fueron grabados en **INCOEQUIPOS**, razón por la cual esa sociedad tuvo en su poder, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los valores a ofertar por parte de 4 de los 6 proponentes presentados al proceso. Con lo anterior, al compartir las ofertas económicas, los proponentes investigados generaron una asimetría en la información en la licitación, obteniendo una ventaja significativa pues al conocer un mayor número de variables para determinar el adjudicatario, pudieron optimizar su participación.”

Similitudes de contenido de los CDs de las ofertas económicas:

Adicionalmente la Delegatura señaló que la información del archivo contenido en cada CD tiene las siguientes coincidencias o similitudes, de conformidad con el informe de policía judicial¹⁵ presentado por el Subteniente **YAIR VANEGAS RODRÍGUEZ** el 5 de abril de 2010 dirigido al **INVÍAS**.

Imagen No. 25 Metadatos archivos contenidos en CDs de imagen No. 24

PAVIGAS		GISAICO	
Tamaño del archivo	39 KB	Tamaño del archivo	39 KB
Usuarios		Usuarios	
Impresoras	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5	Impresoras	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5
Fecha de creación	20/10/2009 01:35:36 PM	Fecha de creación	20/10/2009 01:39:33 PM
Fecha de Impresión	20/10/2009 01:37:06 PM	Fecha de Impresión	20/10/2009 01:40:36 PM
Fecha de Modificación	20/10/2009 01:37:20 PM	Fecha de Modificación	20/10/2009 01:41:12 PM
Aplicación	Microsoft office	Aplicación	Microsoft office
Codificación	Latin I	Codificación	Latin I
Compañía	Hewlett-Packard Company	Compañía	Hewlett-Packard Company
Sistema operativo	Windows Vista	Sistema operativo	Windows Vista
ESTYMA		VIAS NARIÑO	
Tamaño del archivo	39 KB	Tamaño del archivo	38 KB
Usuarios		Usuarios	Juan Cisneros
Impresoras	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5	Impresoras	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5
Fecha de creación	20/10/2009 01:33:31 PM	Fecha de creación	20/10/2009 01:29:56 PM
Fecha de Impresión	20/10/2009 01:34:55 PM	Fecha de Impresión	20/10/2009 01:31:26 PM
Fecha de Modificación	20/10/2009 01:41:47 PM	Fecha de Modificación	20/10/2009 01:41:35 PM
Aplicación	Microsoft office	Aplicación	Microsoft office
Codificación	Latin I	Codificación	Latin I
Compañía	Hewlett-Packard Company	Compañía	Hewlett-Packard Company
Sistema operativo	Windows Vista	Sistema operativo	Windows Vista

Fuente: Folios 1093 y 1094 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

¹⁵ Folios 1087 a 1106 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 26 Resultado final de metadatos archivos contenidos en CDs de imagen No. 33

ARCHIVO	METADATOS NO VISIBLE	METADATOS		
		USUARIO	COMPANÍA	IMPRESORA
Oferta Pavigas Ltda..xls	Juan Cisneros.		Hewlett-Packard Company	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5
Oferta Gisaico.xls	Licitacioness.		Hewlett-Packard Company	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5
Oferta Estima.xls sesion ³ No. 1	Juan Cisneros		Hewlett-Packard Company	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5
Oferta Estima.xls sesion No. 2	Licitacioness.			
Oferta Estima.xls sesion No. 3	Licitacioness.		Hewlett-Packard Company	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5
Oferta Consorcio Vias Nariño - 2500. xls sesion No. 1.	Licitacioness.		Hewlett-Packard Company	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5
Oferta Consorcio Vias Nariño - 2500.xls sesion No. 2	Licitacioness.	Juan Cisneros	Hewlett-Packard Company	HP Laser Jet P2015 Series PCL 5

Fuente: Folios 1104 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como lo concluyó el funcionario de policía judicial en su momento¹⁶, la Delegatura expresó que los archivos grabados en los CDs presentados por **PAVIGAS** y **ESTYMA** tienen como autor del documento, en sus metadatos no visibles, a **JUAN CISNEROS** (encargado del departamento de licitaciones de **INCOEQUIPOS** para la época de la elaboración y presentación de las ofertas)¹⁷. Así mismo, en el mismo metadato no visible para las ofertas de **GISAICO** y **VÍAS NARIÑO** aparece como autor "LICITACIONESS", el cual en la oferta presentada por **VÍAS NARIÑO** tiene como autor visible (metadato) a **JUAN CISNEROS**.

Así mismo, expone que todos los archivos aparecen como impresos por un equipo "HP Laser Jet P2015 Series PCL 5" adscrito a la compañía "Hewlett-Packard Company". También señala la cercanía en los tiempos de creación, impresión y modificación entre los 4 archivos entregados por los 4 proponentes investigados. Teniendo en cuenta lo anterior, encontró demostrado que los CDs descritos con anterioridad fueron grabados por **INCOEQUIPOS**.

Frente al requerimiento de explicaciones del **INVÍAS** sobre estas coincidencias, **INCOEQUIPOS** simplemente se limitó a expresar que eran "los primeros sorprendidos"¹⁸; y al igual que los demás investigados, no argumentaron en algún momento el mandato que se ha alegado a lo largo de la presente actuación.

4.5. Análisis económico de las ofertas

Luego de definir el mercado relevante como la Licitación Pública No. **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INVÍAS**, la Delegatura hizo su análisis sobre las ofertas económicas presentadas, con miras a identificar una posible estrategia colusoria a través de ellas.

Para el proceso de establecer el orden de elegibilidad en la licitación bajo análisis, el **INVÍAS** especificó como criterios de calificación los siguientes:

¹⁶ Cfr. Folio 1105 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

¹⁷ Interrogatorio de **INCOEQUIPOS** contenido en Folio 3097 del Cuaderno No. 16 del Expediente.

¹⁸ Folio 1031 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Tabla No. 4 Criterios de calificación

Concepto	Puntaje
Valor de la Propuesta	750
Apoyo a la Industria Nacional	100
Programa de Reincorporación	50
Factor de Calidad (Equipo)	100
TOTAL	1.000

Fuente: Elaboración SIC con base en Pliego de Condiciones Definitivo de la LP-SGT-GPD-042-2009¹⁹.

De lo anterior resaltó que el concepto más representativo dentro de la calificación, correspondía al de la oferta económica, la cual tenía un peso del 75% sobre puntaje máximo otorgable.

La Delegatura describe el procedimiento de valoración económica de las ofertas en los siguientes términos:

1. *"Se calcula el precio de referencia de las ofertas, la cual estaba conformada por todas aquellas propuestas que superaban el proceso de verificación de requisitos habilitantes:*

$$PR_1 = \frac{\bar{X}_1 + Me_1}{2}$$

Donde \bar{X}_1 representaba el promedio simple²⁰ de la serie 1, Me_1 la mediana²¹ de la misma y PR_1 , el precio de referencia resultante.

2. *Adicionalmente, se calcula la desviación estándar de la serie 1, conforme a la siguiente fórmula:*

$$s_1 = \sqrt{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2 / (n - 1)}$$

3. *Con base en los cálculos anteriores, se determina el rango de aceptación de la primera fase, conforme a los siguientes parámetros:*

- $LS_1 = \min(1,125 * PR_1; PR_1 + 2 * S_1)$
- $LI_1 = \max(0,875 * PR_1; PR_1 - 2 * S_1)$

Es así como, según las expresiones anteriores, el límite superior era el mínimo entre el 1,125 del precio de referencia y dos veces la desviación estándar de la serie 1, más dicho precio.

¹⁹ Folio 3090 del Cuaderno 15 del Expediente.

²⁰ El promedio simple de una muestra es la sumatoria de las observaciones sobre el número total de estas. Matemáticamente se expresa como $\bar{x} = \sum_{i=1}^n x_i / n$ (Véase Canavos, G. (1988). Probabilidad y Estadística. Aplicaciones y Métodos. Madrid: Mc Graw-Hill, p. 27).

²¹ La mediana de un conjunto es aquel número a partir del cual la mitad de las observaciones del conjunto es mayor y la otra menor, cuando la muestra es ordenada de manera creciente. Para el caso en que el total de datos sea par, la mediana es el promedio simple entre los dos valores que se encuentren en la mitad (Véase Canavos, G. (1988). Probabilidad y Estadística. Aplicaciones y Métodos. Madrid: Mc Graw-Hill, p. 27).

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Por su parte, el límite inferior, era el máximo entre el 0,875 del precio de referencia y este precio, menos dos veces la desviación estándar de la serie considerada.

Una vez establecidos ambos límites, el rango obtenido al considerarlos conjuntamente, servía de criterio para eliminar de la evaluación económica todas aquellas propuestas que se encontraran fuera de este.

4. *Con base en lo anterior, las propuestas que siguieran en el proceso de calificación conformaban la serie 2, a partir de la cual se realizaban los siguientes cálculos:*

$$PR_2 = \frac{\bar{X}_2 + Me_2}{2}$$

$$s_2 = \sqrt{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2 / (n - 1)}$$

- $LS_2 = \min(1,075 * PR_2; PR_2 + 1,5 * S_2)$
- $LI_2 = \max(0,925 * PR_2; PR_2 - 1,5 * S_2)$

Donde \bar{X}_2 representaba el promedio simple de la serie 2, Me_2 la mediana de la misma, PR_2 el precio de referencia resultante y s_2 , la desviación estándar de la serie.

5. *Con estos nuevos límites, se realizaba el mismo proceso de eliminación de valores propuestos, para aquellos que se encontraran fuera del rango 2. Toda aquella oferta que no hubiera sido eliminada en ninguna de las dos fases anteriores, se calificaba de acuerdo con la siguiente fórmula:*

$$P_i = \frac{X_{min}}{X_i} * 750$$

Donde P_i era el puntaje de la propuesta i , X_i el valor de la propuesta del proponente i , y X_{min} la propuesta con menor valor entre las que superaron el proceso de eliminación de la segunda etapa.

Como se puede observar en la expresión matemática planteada, la propuesta con menor valor recibía el mayor puntaje (750 puntos), mientras que al resto de propuestas se les asignaba un puntaje proporcional a su cercanía con la propuesta de menor valor. Las propuestas que no superaban los procesos de eliminación obtenían cero puntos. Si se daba el caso en que ninguna propuesta superara el segundo proceso de eliminación, entonces se le asignarían los 750 puntos a la propuesta de menor valor que estuviera ubicada en el intervalo $[LI_1, LI_2]$.”

Teniendo en cuenta el anterior procedimiento, la Delegatura expuso los valores ofertados por cada uno de los proponentes participantes.

Tabla No. 5 Ofertas económicas presentadas en la Licitación LP-SGT-GPD-042-2009

PROPONENTE	OFERTA ECONÓMICA
PAVIGAS	5.235.356.704
GISAICO	5.052.310.176
ESTYMA	5.158.287.250
CONSORCIO VÍAS NARIÑO-2500	5.103.299.940

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

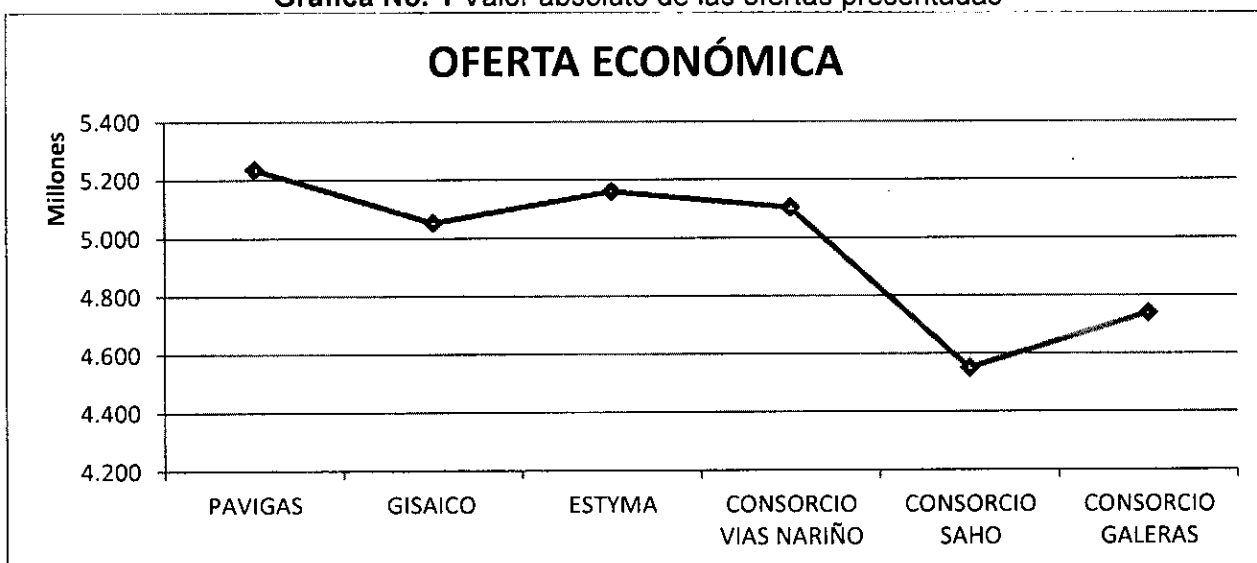
VERSIÓN ÚNICA

CONSORCIO SAHO	4.550.166.273
CONSORCIO CCA GALERAS ²²	4.740.318.100
PRESUPUESTO OFICIAL	5.399.964.907

Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales del proceso.

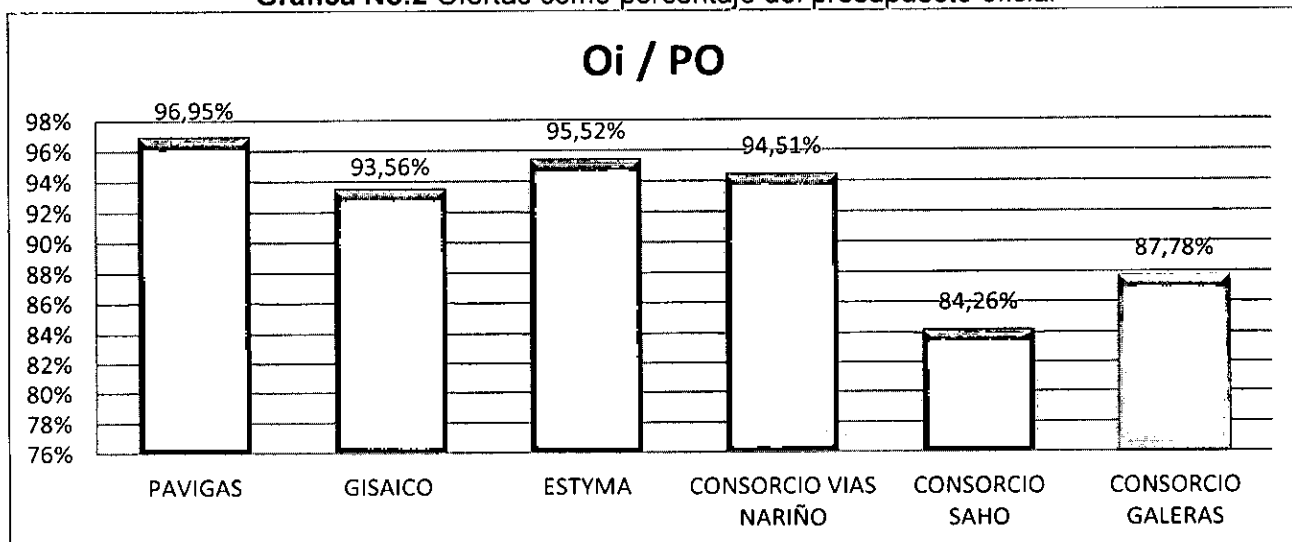
Acto seguido, y con miras a mostrar la reducción de cada oferta económica frente al presupuesto total establecido por la entidad contratante, la Delegatura expone una serie de gráficas donde se puede observar tanto los valores absolutos de las ofertas económicas presentadas, como su porcentaje con respecto al presupuesto oficial.

Gráfica No. 1 Valor absoluto de las ofertas presentadas



Fuente: Elaboración SIC con base en información oficial del proceso.

Gráfica No.2 Ofertas como porcentaje del presupuesto oficial



Fuente: Elaboración SIC con base en información oficial del proceso.

²² Tal como se estableció anteriormente, la propuesta de CCA GALERAS no participó en la evaluación económica, por no cumplir con todos los requisitos habilitantes determinados en el Pliego. No obstante lo anterior, la propuesta de CCA GALERAS se incluyó en las gráficas para mostrar con mayor detalle las características relativas de cada una de las ofertas económicas respecto a las demás presentadas en la licitación LP-SGT-GPD-042-2009

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

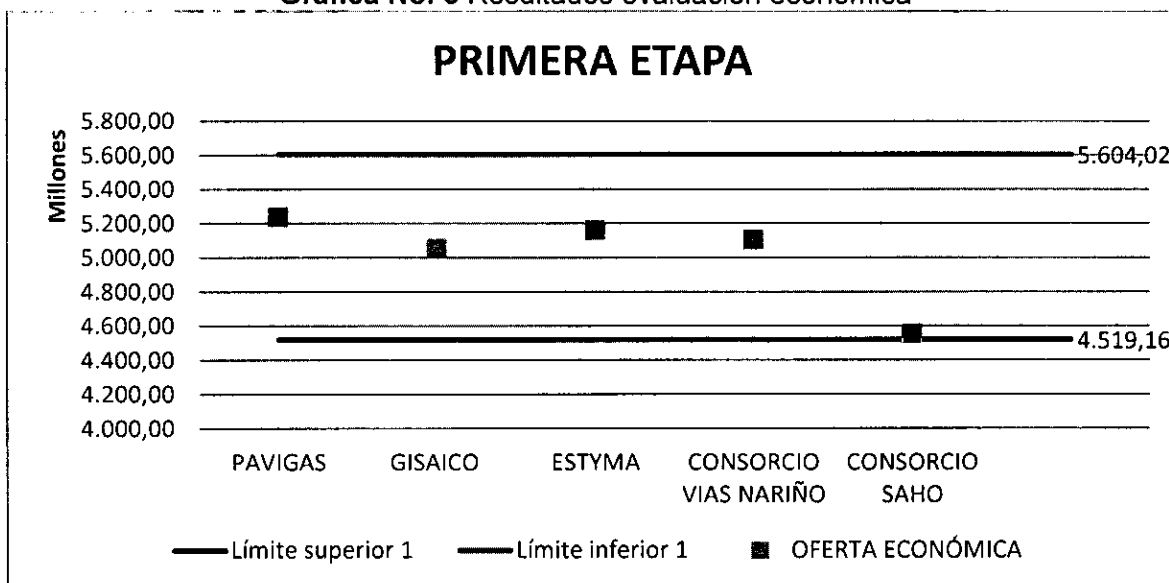
Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

De lo anterior la Delegatura resalta que la propuesta de **SAHO**, se aleja significativamente de las 5 restantes, llegando a tener una diferencia con la menor de estas (**GALERAS**) de un 3,52% del presupuesto oficial y un 9,30% del que le sigue (**GISAICO**). Por otra parte, muestra que las ofertas correspondientes a **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, se encuentran en el rango del 93,56% al 96,95% del presupuesto total del proceso, existiendo una diferencia máxima entre las consideradas de un 3,39% respecto al valor oficial de la licitación.

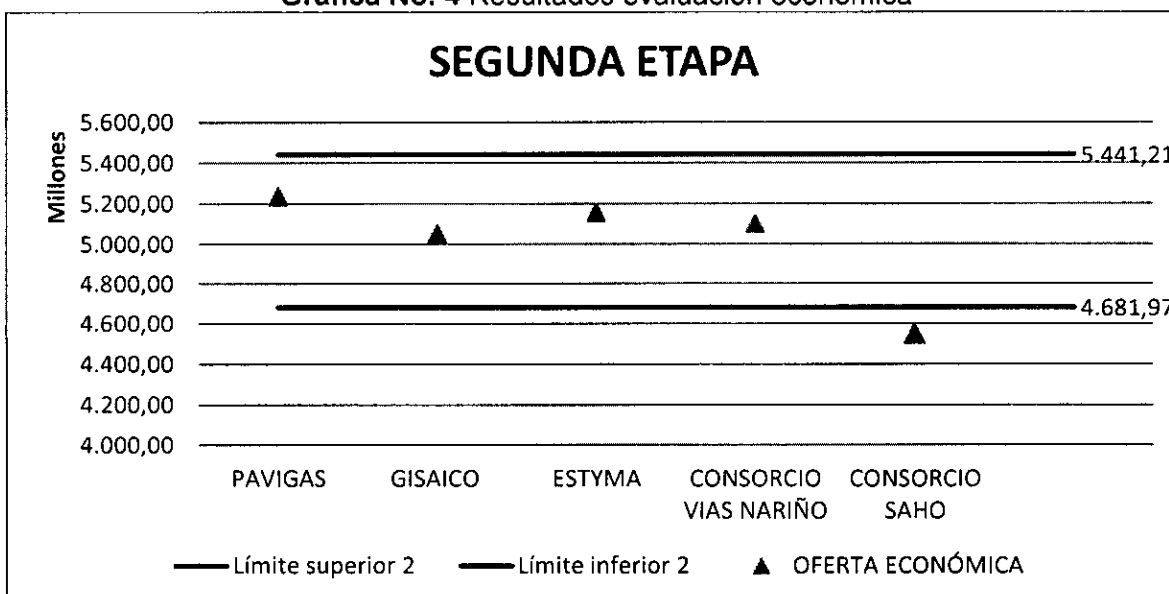
Al aplicar la metodología descrita previamente para la calificación de las ofertas económicas, se obtuvieron los siguientes resultados en donde la línea horizontal superior representa el límite superior calculado de la etapa, mientras que aquella ilustrada por debajo, expresa el límite inferior resultante.

Gráfica No. 3 Resultados evaluación económica



Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales del proceso.

Gráfica No. 4 Resultados evaluación económica



Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales del proceso.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 32

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, la primera etapa de calificación no eliminó a ninguna oferta económica y permitió la evaluación de todas en segunda instancia. Posteriormente, en la segunda etapa, la propuesta de **SAHO** quedó fuera del proceso de calificación, pues el valor establecido por este oferente estaba fuera del intervalo definido por los límites inferior y superior de la segunda etapa.

Este resultado, a la luz del mecanismo de calificación económica, se da en razón a que la oferta económica de **SAHO** se encontraba significativamente distante frente a los valores propuestos por el resto de oferentes habilitados, los cuales, como se referenció previamente, oscilaban entre el 93,56% y el 96,95% del presupuesto oficial. Lo anterior creó una agrupación que jalonaba el precio de referencia (y por tanto los límites superior e inferior), hacía dichos valores.

Al aplicar la fórmula de calificación descrita anteriormente para la oferta económica, y considerando los puntajes obtenidos por los proponentes en los demás criterios, el **INVÍAS** determinó el siguiente orden de elegibilidad.

Tabla No. 6 Orden de elegibilidad resultante de la calificación

	PROPONENTE	PRECIO	PUNTAJE TOTAL
1	GISAICO	5.052.310.176	1.000
2	CONSORCIO VÍAS NARIÑO 2500	5.103.299.940	992,51
3	ESTYMA	5.158.287.250	984,59
4	PAVIGAS	5.235.356.704	973,78
5	CONSORCIO. SAHO	4.550.166.273	0.00

Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales del proceso.

De acuerdo con los resultados presentados por la entidad contratante, de haber seguido su curso, el proceso de licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** hubiera sido adjudicado a **GISAICO**.

Así las cosas, y luego de definir claramente la influencia relativa de cada uno de los componentes de la fórmula en el método de evaluación, la Delegatura expone la relación de la media y la mediana, concluyendo que la existencia de valores extremos en una muestra de ofertas económicas presentadas tenderá a afectar en mayor grado el promedio simple que a la mediana calculada, hecho que se manifiesta en la mayor influencia de la media simple en el cálculo del precio de referencia para estos casos.

Por la naturaleza del método de selección, los interesados debían tener en cuenta: (i) el número de participantes, (ii) los posibles rangos de ofertas económicas factibles para cada uno de estos, (iii) dispersión de las mismas, y (iv) las características de lejanía o diferencia del valor de las propuestas que posiblemente presenten otros proponentes, respecto a la oferta propia.

Acto seguido, la Delegatura da cuenta que un acuerdo colusorio buscaría manipular la fórmula de calificación económica, de tal manera que se aumentara la posibilidad de adjudicación para al menos una de las ofertas de los agentes involucrados en el acuerdo. A la luz del mecanismo de calificación de la licitación **SGT-GDP-042-2009**, lo dicho significaría que la manipulación ejercida se realizaría por debajo de la oferta pre seleccionada como beneficiaria, haciéndola así lo suficientemente cercana al límite inferior de la segunda etapa para tener mayores posibilidades de ser la mínima, y al tiempo lo suficientemente mayor que dicho límite para no descartarla de la evaluación.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, la Delegatura estableció que un incremento en el promedio o la mediana influenciaba de manera directa el precio de referencia, el cual, por su parte, hacía lo mismo con todos los límites calculados. En este orden de ideas, uno de los caminos factibles para elaborar un acuerdo colusorio sería modificar el promedio o la mediana, de tal manera que se direccionara el límite inferior hacía el valor de alguna oferta preseleccionada. Aclara la Delegatura que la manipulación del mecanismo de adjudicación, como articulación para falsear la competencia en cualquier proceso de selección, no siempre cumple su objetivo, pues la información conocida por los agentes colusores no es del todo completa y ello no les permite determinar sus valores con toda precisión. Esto último se debe a que los participantes que sí están en competencia, pueden alterar la adjudicación del contrato derivado del proceso de selección con sus ofertas competitivas. Así, lo que hace el acuerdo colusorio es proporcionar una mayor probabilidad de que el proceso sea adjudicado a uno de los agentes colusores, lo cual no garantiza la obtención del resultado esperado.

Para ilustrar lo anterior, la Delegatura adelantó un ejercicio a través del incremento de las ofertas de **SAHO** y **GALERAS** partiendo de sus propuestas reales, aproximadas como porcentaje del presupuesto oficial, hasta el valor total de este último. Con lo anterior se obtienen 161 ofertas hipotéticas distintas para **SAHO** y 121 ofertas hipotéticas distintas para **GALERAS**. Así, el total de escenarios surgidos de su combinación fue de 19.481 casos diferentes.

Seguidamente, para cada uno de estos 19.481 escenarios se calcularon todos los componentes del mecanismo de calificación del proceso **LP-SGT-GPD-042-2009**, es decir, media, mediana, precio de referencia, desviación estándar, y los límites superior e inferior de la primera y la segunda etapa. Con estos resultados, se aplicó la fórmula de calificación económica para los proponentes **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**.

Una vez establecidas las calificaciones para los proponentes recién mencionados, se procedió a calcular el número de veces en que cada uno obtiene la mayor calificación (750 puntos). A este valor resultante se le identificó como "*porcentaje de éxito*" de la oferta bajo análisis. Conforme a esto, la Delegatura expuso que un posible acuerdo colusorio ejecutado mediante el uso de ofertas complementarias se puede manifestar mediante la programación de una estrategia que incremente el porcentaje de éxito de alguno de los proponentes que conforman el acuerdo.

En este orden de ideas, la Delegatura evaluó la relación existente entre las ofertas económicas de **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** y el porcentaje de éxito de cada una de estas. A manera de ejemplo, la Delegatura trajo el caso de **PAVIGAS**, indicando que se tomarían las ofertas económicas de **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, como constantes en los 19.481 escenarios referidos previamente²³, y se determina el porcentaje de éxito de este proponente. Posteriormente, la oferta de **PAVIGAS** se aumenta un 1% el valor de sí misma, de tal manera que la nueva oferta económica, en este caso hipotética, quede constante en los 19.481 casos en los que cambian las de **SAHO** y **GALERAS**. Con estos resultados se vuelve a calcular el porcentaje de éxito.

²³ Aquellos en donde varían las ofertas de **SAHO** y **GALERAS**.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 34

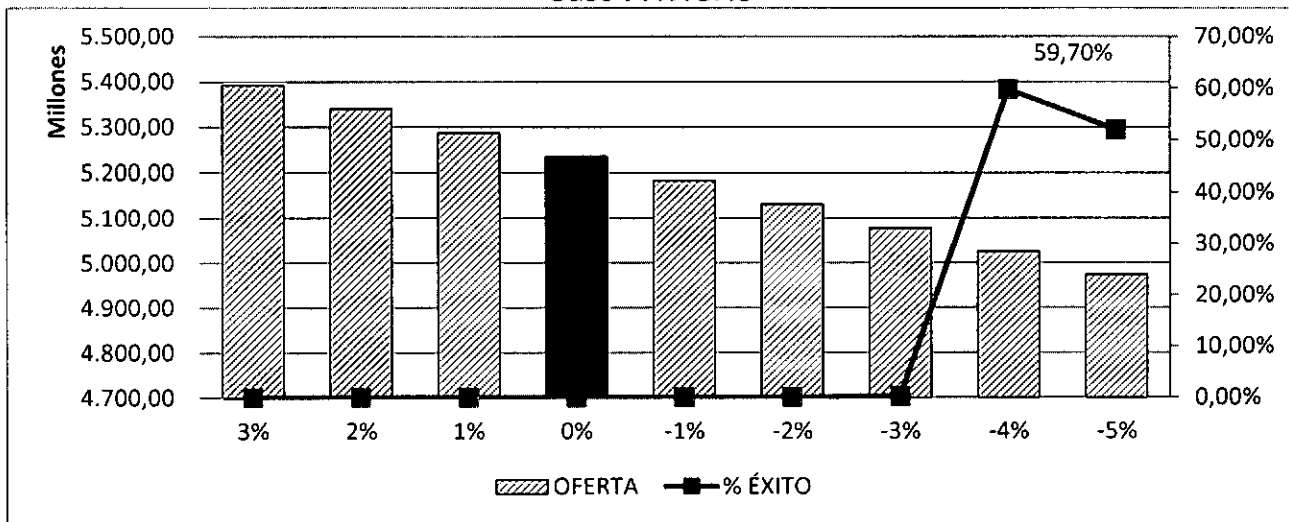
"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

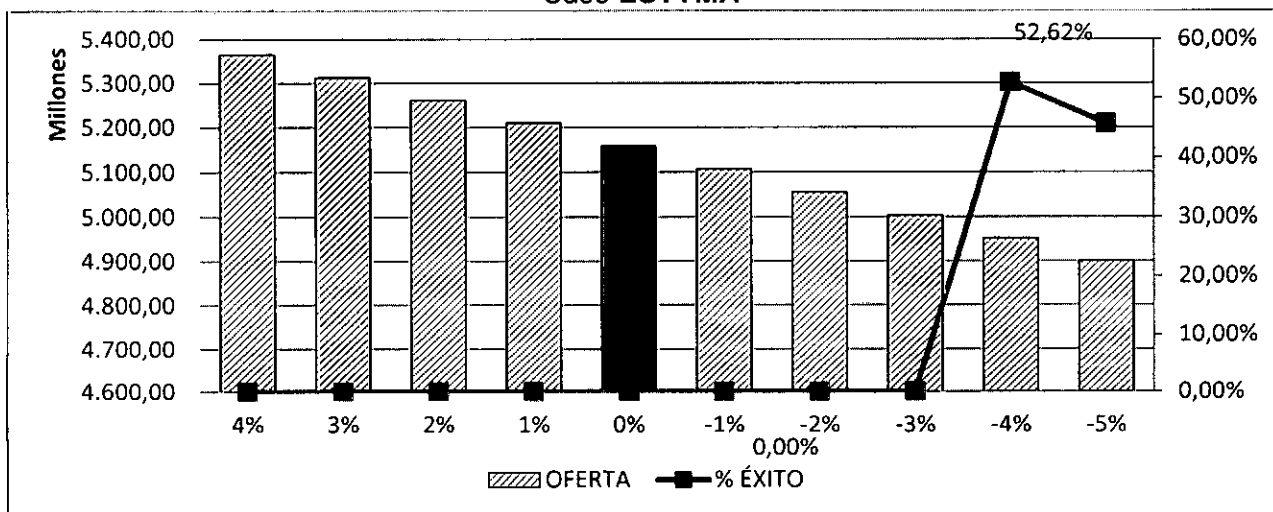
Los resultados de estos ejercicios se presentaron en unas gráficas donde las barras con relleno de trama representaban los niveles de las ofertas económicas hipotéticas, surgidas del incremento y la reducción de la oferta económica original correspondiente a cada proponente, cuyos valores se referencian en el eje izquierdo de la gráfica. Por su parte, y con el mismo eje de referencia, la barra de relleno sólido representa la oferta económica real presentada al por el proponente en mención. Así mismo, la línea ilustrada representaba el porcentaje de éxito alcanzado por el proponente en cada uno de los niveles hipotéticos de oferta económica considerados, de tal forma que el punto sobre cada barra es dicho porcentaje.

Gráfica No. 5 Cambios en porcentaje de éxito derivado de la modificación de la oferta original
-Caso PAVIGAS-



Fuente: Elaboración SIC.

Gráfica No. 6 Cambios en porcentaje de éxito derivado de la modificación de la oferta original
-Caso ESTYMA-



Fuente: Elaboración SIC.

De las dos gráficas anteriores la Delegatura afirma que para los casos de **PAVIGAS** y **ESTYMA**, las mayores probabilidades de éxito se alcanzan en aquellas ofertas económicas menores (derecha de la oferta real presentada), con lo cual un porcentaje mayor de éxito se encontraría acompañado de menores ingresos y por tanto de menores utilidades para estos dos proponentes.

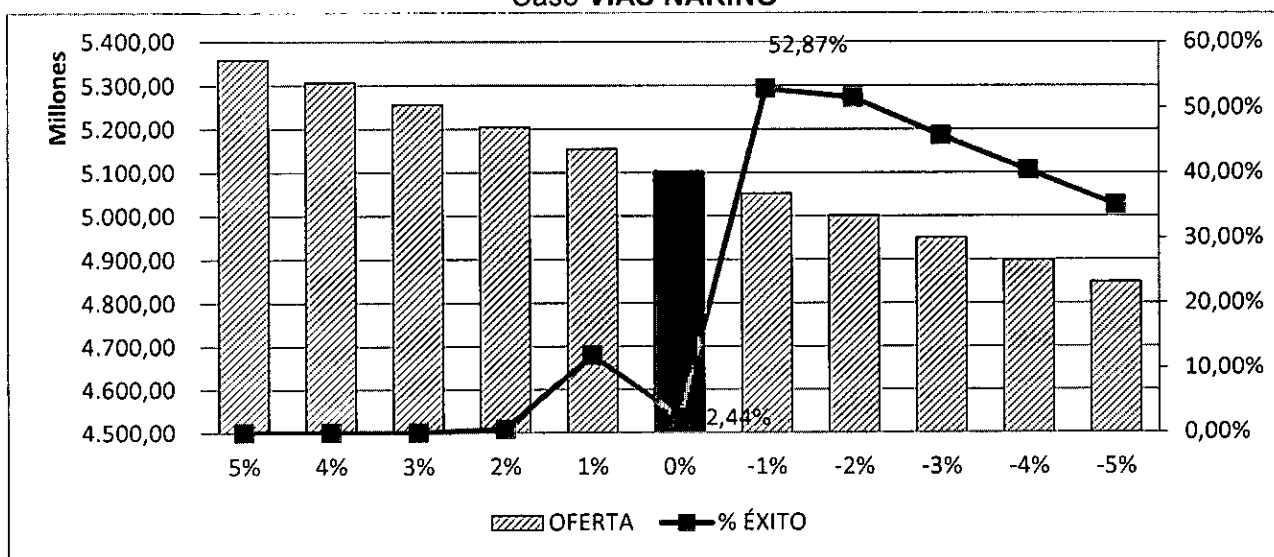
“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

En el mismo sentido, observó que las ofertas reales de **PAVIGAS** y **ESTYMA** se ubican en niveles que cuentan con un 0% de éxito, lo cual significa según lo establecido previamente, que dadas las variaciones consideradas de **SAHO** y **GALERAS** y el carácter constante de las demás, **PAVIGAS** y **ESTYMA** contarían con una cantidad insignificante de casos en el que habrían obtenido el mayor puntaje en la calificación económica (750 Pts.).

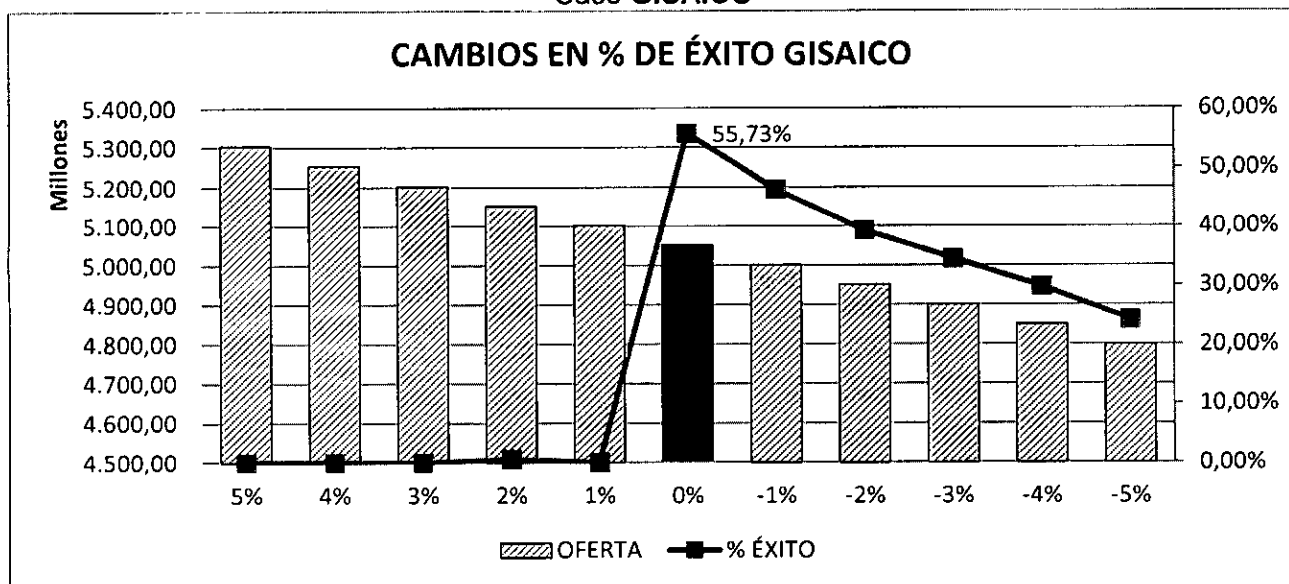
Gráfica No. 7 Cambios en porcentaje de éxito, derivados de la modificación de la oferta original -Caso **VÍAS NARIÑO**-



Fuente: Elaboración SIC.

Por su parte, para el ejercicio realizado sobre la propuesta de **VÍAS NARIÑO** y las modificaciones consideradas sobre su oferta económica (-5% hasta 5%), se observa que la oferta real presentada se ubica un punto porcentual a la izquierda de aquella oferta que genera el mayor de los porcentajes de éxito entre los valores económicos considerados. De igual manera, con un incremento de 1% de la oferta realmente presentada, se alcanzaría un porcentaje de éxito en 11,98% de los escenarios planteados.

Gráfica No. 8 Cambios en porcentaje de éxito derivado de la modificación de la oferta original -Caso **GISAICO**-



Fuente: Elaboración SIC.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Finalmente, y respecto a los resultados asociados a la oferta económica de **GISAICO**, la Delegatura resalta que los mismos resultan muy dicientes. Como se observa de la gráfica presentada por la Delegatura, la oferta presentada por **GISAICO** en el proceso licitatorio en mención (\$ 5.052.310.176,00), se ubica exactamente en el punto con mayor posibilidad de éxito asociado del intervalo considerado (55,73%).

Adicionalmente, observó la Delegatura que la oferta original de **GISAICO** (\$5.052.310.196) alcanza el segundo mejor porcentaje de éxito (55,73%) en los ejercicios elaborados, donde la oferta de **PAVIGAS** con 4 puntos porcentuales por debajo de su oferta real tendría el mayor porcentaje de éxito (59.70%)

Conforme a lo planteado hasta el momento, la Delegatura observa que el valor económico propuesto por **GISAICO** en el marco del proceso licitatorio **LP-SGT-GPD-042-2009**, fue el único que se ubicó justamente en un nivel que contaba con la mejor combinación "*posibilidad de éxito-ingresos*", de tal manera que una desviación de dicho valor disminuía drásticamente las opciones de éxito o los ingresos derivados de una posible adjudicación. De igual manera, la Delegatura resaltó que el alcance de la mejor combinación "*posibilidad de éxito-ingresos*" fue la **GISAICO**, pues las propuestas de **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** tienen su mayor chance de ganar en propuestas menores en al menos un 3% para los casos de **PAVIGAS** y **ESTYMA**, y en un 1% para el caso de **VÍAS NARIÑO**, lo que implicaría una reducción de ingresos y por tanto de utilidades respecto de la de **GISAICO**.

En este orden de ideas, la Delegatura encontró un alto grado de complementariedad de las ofertas de PAVIGAS, ESTYMA y VÍAS NARIÑO hacia la de GISAICO, pues en caso de que dos proponentes adicionales se presentaran al proceso con ofertas por encima de 84% y 88% del presupuesto oficial, y sin importar la combinación particular de sus ofertas, el valor económico propuesto por **GISAICO** se encontraría, gracias a las propuestas presentadas por **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, en el nivel preciso en que se maximizaría el nivel de ingresos dado el mayor porcentaje de éxito factible en el intervalo considerado, alcanzando así los objetivos de generación de utilidades y posibilidad de éxito, justamente en el mejor de los puntos establecidos.

Aunado a lo anterior, la Delegatura calculó el efecto marginal de las ofertas económicas presentadas por **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA**, **VÍAS NARIÑO** y **SAHO**, a las cuales agregó una oferta hipotética variando de 84% al 100% el presupuesto oficial con incrementos constantes de 0,1%, es decir, se agregó un oferente hipotético que aumentase su oferta económica de la siguiente forma [0.840, 0.841, 0.842.....hasta 1] del P.O. El límite inferior del rango de ofertas considerado, 84% del P.O., se tomó en razón a que ninguna de las ofertas presentadas se ubicó por debajo de dicho nivel, conformando una buena aproximación al valor que cualquier oferta económica *competitiva* podría tomar.

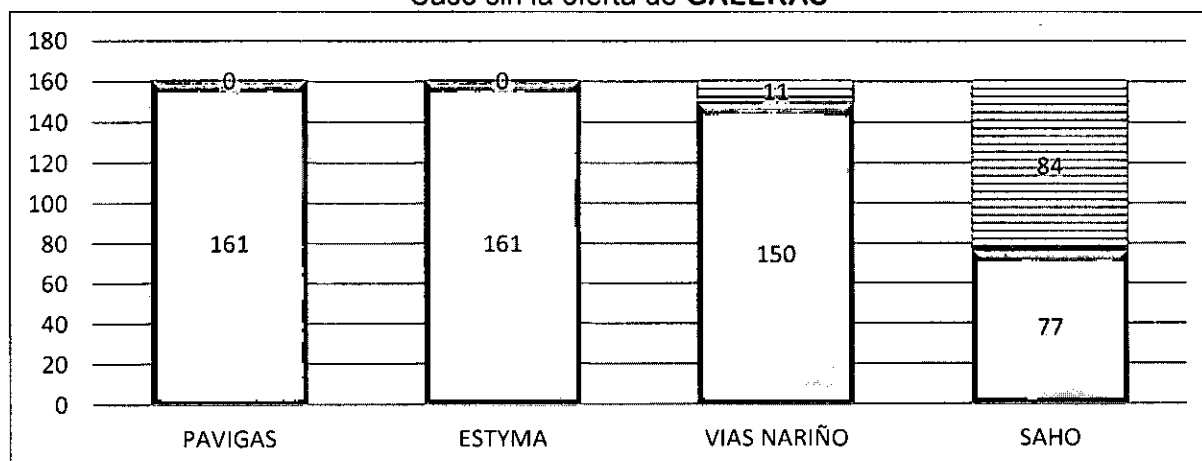
Las barras con relleno sólido corresponden al número de casos en los que para cada proponente, el cociente calculado era mayor que uno, es decir, aquellas situaciones en que la inclusión de dicha oferta contribuyó a acercar el valor ofertado por **GISAICO** a la máxima calificación posible (límite inferior de la segunda serie). En cuanto a las barras con relleno de trama, estas representan los casos en los que la consideración de la oferta del proponente particular en los cálculos aleja la oferta de **GISAICO** del límite inferior.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Gráfica 9 Contribución marginal a la oferta de GISAICO
- Caso sin la oferta de GALERAS-



Fuente: Elaboración SIC.

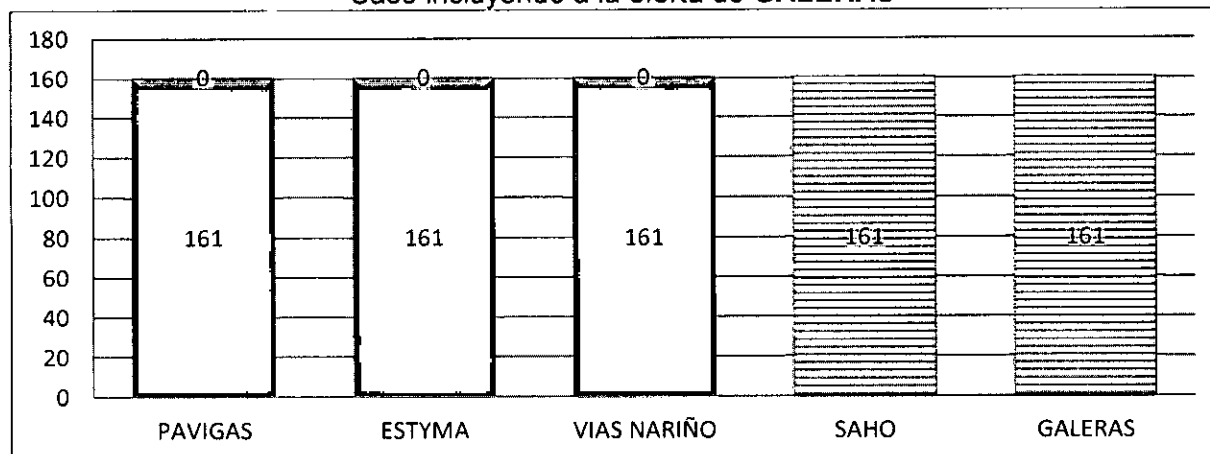
Como es evidente en la gráfica mostrada las ofertas de **PAVIGAS** y **ESTYMA** siempre contribuyen a acercar el límite inferior de la segunda etapa a la propuesta de **GISAICO**, aumentando así las posibilidades de obtener el puntaje máximo a este último.

VÍAS NARIÑO, por su parte, favorece la aproximación del valor económico propuesto por **GISAICO**, al límite inferior de segunda etapa, un 93,17% de las veces consideradas (150 veces de 161). De esta forma, la oferta económica de **VÍAS NARIÑO** contribuye en la gran mayoría de escenarios a que la propuesta económica presentada por **GISAICO**, tenga mayores posibilidades de resultar ganadora.

De igual manera, la gráfica muestra como **SAHO** en un 57,17% de las veces aleja la propuesta de **GISAICO** del límite inferior calculado, por lo que en más de la mitad de las veces su oferta económica disminuye las posibilidades de **GISAICO** para obtener la mejor calificación económica posible.

Para complementar el análisis anterior, la Delegatura realizó el mismo procedimiento de cálculo de los *efectos marginales* de las ofertas económicas, esta vez adicionando la oferta de **GALERAS** a dicho procedimiento.

Gráfica 10 Contribución marginal a la oferta de GISAICO
-Caso incluyendo a la oferta de GALERAS-



Fuente: Elaboración SIC.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Conforme a la gráfica anterior, las ofertas económicas de **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, jalonan, en todos los 161 casos bajo análisis a la oferta de **GISAICO** hacia los niveles que otorgan el mayor puntaje posible, mientras que las propuestas enviadas por **SAHO** y **GALERAS** la alejan en todas las situaciones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta los resultados del ejercicio anterior, la Delegatura da cuenta de que, en caso de no haberse declarado desierto el proceso, se habría presentado una fuerte influencia en el mecanismo de calificación económica por parte de **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** que hubiese favorecido a **GISAICO**. Esto último, gracias a que sin importar que existieran tres proponentes adicionales, uno de los cuales podría ofertar 161 valores económicos diferentes (desde 0,84% hasta 100% del presupuesto oficial), las ofertas referidas de **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** acercarían en la gran mayoría de casos el límite inferior de la segunda etapa hacia la propuesta de **GISAICO**, aumentando así, de manera sustancial sus posibilidades de alcanzar la mayor calificación posible dentro de la licitación referida.

En este sentido, la Delegatura concluyó que existió una lógica económica coherente entre las ofertas de los proponentes **PAVIGAS**, **ESTYMA**, **VÍAS NARIÑO** y **GISAICO**, tendientes a favorecer a esta última empresa, mediante el direccionamiento del mecanismo de calificación económica hacia su valor propuesto.

Por último, y pese a que la prueba pericial económica solicitada por los investigados fue rechazada, la Delegatura contestó las preguntas que se sustrajeron de la petición de prueba pericial, como se evidencia a continuación:

1. *"Tomadas en conjunto, las ofertas económicas presentadas por **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, ¿tenían éstas la potencialidad de afectar el proceso de contratación dentro de la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009**?"*
2. *¿Cuál hubiese sido el resultado de la evaluación si la propuesta de **CCA GALERAS** fuera tenida en cuenta para los cálculos?"*
3. *Tomando las ofertas económicas de **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, ¿podía controlarse el resultado del proceso de contratación, si se tienen en cuenta las ofertas los seis (6) proponentes adicionales que asistieron a las visitas de obra?"*

*Para este último punto, los investigados especificaron que las 6 ofertas adicionales tomaran en un primer momento valores igual al presupuesto oficial, seguidamente valores iguales a la oferta económica de **SAHO**, y por último valores combinados entre la oferta de **SAHO** y el presupuesto oficial de proceso **LP-SGT-GPD-042-2009**.*

Respecto a la primera pregunta, la Delegatura considera pertinente resaltar que la respuesta a esta cuestión se encuentra en el acápite del análisis económico del presente informe motivado.

*En dicho aparte²⁴, se muestra cómo entre las ofertas económicas presentadas por **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, se presenta una complementariedad matemática dentro de las fórmulas utilizadas para la evaluación económica, pues el valor propuesto por **GISAICO** coincide directamente con el mayor porcentaje de éxito alcanzable (55,73%), dadas las posibles magnitudes que dos oferentes adicionales pudiesen ofertar durante el proceso.*

²⁴ Numeral 7.3 del presente Informe Motivado.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Este hecho, cobra especial significancia en la medida en que, tal como se mostró, es la única de las ofertas evaluadas que alcanza esta coincidencia entre el mayor porcentaje posible y el nivel económico ofertado. Adicionalmente, la sección referida, muestra el alto grado de contribución que las ofertas de **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** tienen sobre la cercanía de la propuesta económica de **GISAICO** a la mayor calificación económica posible.

En este sentido, en respuesta a la primera pregunta referenciada, la Delegatura observa que las ofertas de **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, tenían efectivamente la posibilidad de direccionar el resultado del proceso de calificación hacia una de ellas, en este caso la de **GISAICO**, de tal manera que se aumentara su posibilidad de obtener el mayor puntaje en la calificación económica.

Frente a la segunda pregunta planteada, en el caso en que se sumara la oferta económica de **CCA GALERAS** a los cálculos, según el mecanismo de calificación señalado por el **INVÍAS**, conduciría a los siguientes resultados:

Tabla No. 18 - Puntajes resultantes con la inclusión de la oferta de CCA GALERAS

PUNTAJE					
PAVIGAS	GISAICO	ESTYMA	VÍAS NARIÑO	SAHO	GALERAS
679,08	703,69	689,23	696,65	0,00	750,00

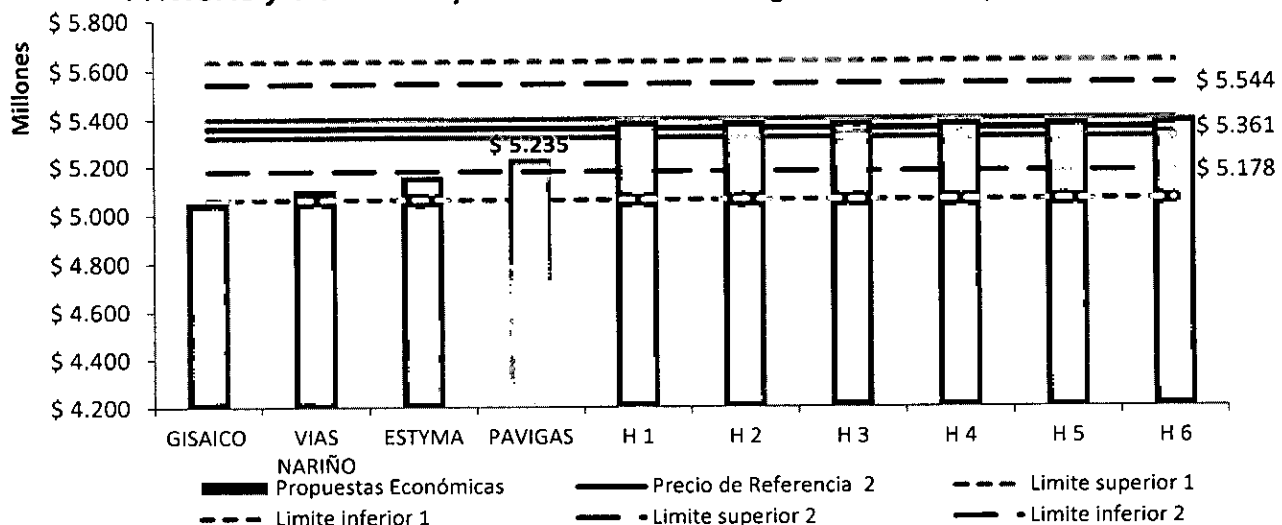
Fuente: Elaboración SIC.

De esta manera, según los resultados mostrados en la tabla anterior, la inclusión de **CCA GALERAS** dejaría a este proponente adicionado, con el mayor puntaje económico posible (750 PTS).

En cuanto a la tercera pregunta planteada, las gráficas siguientes muestran los resultados de los dos primeros ejercicios solicitados. En estas ilustraciones, las barras representan las ofertas económicas consideradas para los computados. Las líneas, por su parte, representan los diferentes límites derivados de la primera y segunda etapa, junto con la media, la mediana y el precio de referencia, los cuales se pueden diferenciar según las convenciones establecidas en la parte inferior de cada gráfica. Todos estos factores fueron calculados según el procedimiento establecido en el Pliego de Condiciones del proceso **LP-SGT-GPD-042-2009**, el cual fue explicado con detalle en el aparte de análisis económico del presente escrito.

Gráfica No. 11

Ejercicio 1: Ofertas Económicas presentadas por GISAICO, VÍAS NARIÑO, ESTYMA, PAVIGAS y 6 Ofertas Hipotéticas con valores iguales al Presupuesto Oficial



Fuente: Elaboración SIC

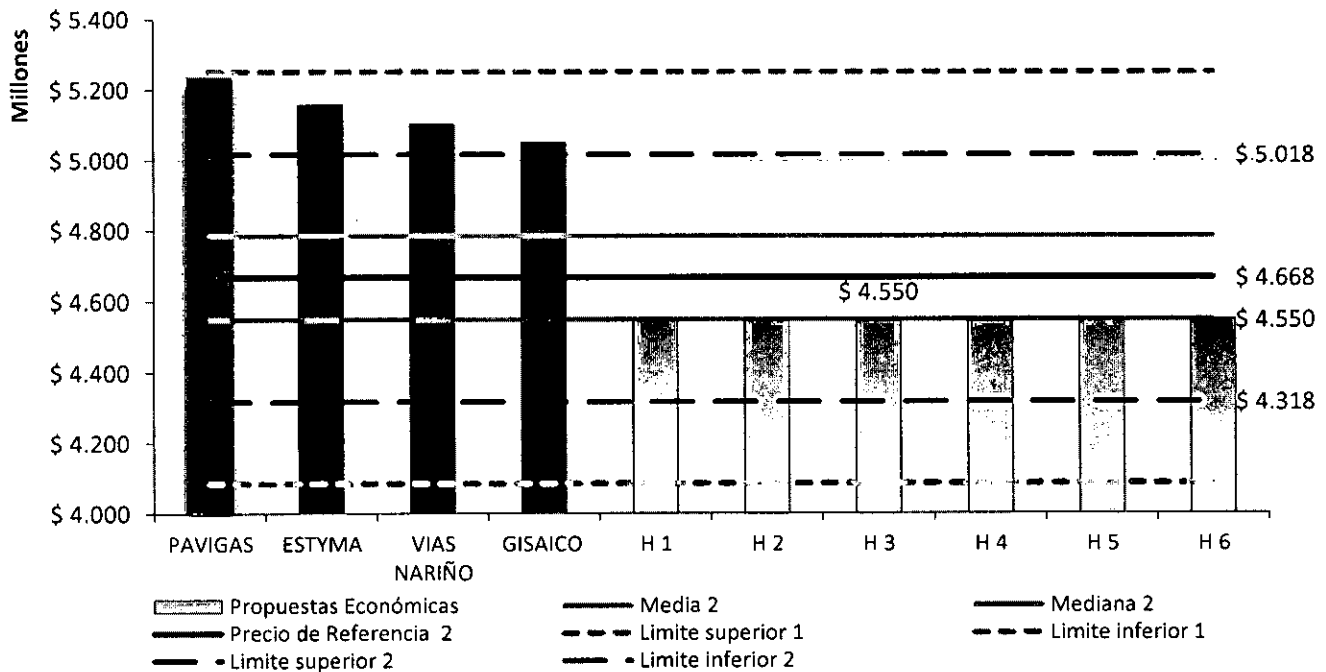
"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Gráfica No. 12

Ejercicio 2: Ofertas económicas presentadas por GISAICO, VÍAS NARIÑO, ESTYMA, PAVIGAS y 6 Ofertas Hipotéticas con valores iguales a la oferta más baja registrada en la licitación.



Fuente: Elaboración SIC

La primera de las gráficas anteriores, corresponde al caso en el que 6 proponentes hipotéticos adicionales presentan ofertas iguales al presupuesto oficial de la licitación LP-SGT-GPD-042-2009. Como se observa en dicha ilustración, la oferta de PAVIGAS, es la que dentro de las consideradas más se aproxima al límite inferior de la segunda etapa, razón por la cual obtiene el mayor porcentaje posible (750 PTS).

Este resultado, a la luz del mecanismo de calificación utilizado en la licitación LP-SGT-GPD-042-2009 adelantada por el INVÍAS, se explica por la influencia que las 6 ofertas hipotéticas adicionales, iguales al presupuesto oficial, tienen sobre el precio de referencia, pues estas jalonan el precio de referencia hacia el presupuesto oficial, lo suficiente para que la oferta más alta entre las de PAVIGAS, GISAICO, ESTYMA y VÍAS NARIÑO (en este caso la primera), obtenga el mayor puntaje económico posible.

Por su parte, la segunda ilustración mostrada, corresponde al caso en que los seis (6) proponentes adicionales presentan valores económicos iguales a la oferta económica de SAHO. Para este caso, la oferta con mayor cercanía al precio de referencia resultante corresponde a la presentada por los participantes hipotéticos, haciendo que estos obtengan la máxima calificación económica factible. Al igual que en el caso anterior, este resultado se explica por el peso de las ofertas hipotéticas, las cuales en este caso, direccionan el precio de referencia, y por tanto los límites calculados, hacia el 84% del presupuesto oficial.

Respecto a los ejercicios descritos anteriormente, la Delegatura considera útil realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, ambos conforman de manera individual sólo una de las posibles realizaciones de las ofertas de otros proponentes, haciendo que las conclusiones derivadas de estos y referentes a la efectividad de un posible acuerdo colusorio, sean incompletas y poco significativas por construcción. Es por esta razón, que en el aparte de análisis económico del presente escrito, se consideran proponentes adicionales con ofertas que varían en rangos amplios, teniendo en cuenta adicionalmente todas las posibles combinaciones resultantes de suponer más de un proponente hipotético. Es así que el análisis con ofertas cambiantes en

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 41

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

intervalos extensos, puede capturar de mejor manera la incertidumbre inherente a todo proceso de selección contractual público, con respecto a los competidores y sus características de comportamiento (ofertas económicas).

Por su parte, el último ejercicio planteado por los investigados, consiste en establecer de manera general los resultados de variar la oferta de seis (6) proponentes hipotéticos adicionales para observar la efectividad de un posible acuerdo colusorio entre **GISAICO, VÍAS NARIÑO, ESTYMA, PAVIGAS**, respecto a las posibilidades de adjudicación.

Para tal fin, la Delegatura varió las ofertas económicas de seis proponentes hipotéticos adicionales desde el 84% del presupuesto oficial (aproximación oferta **SAHO**), con incrementos porcentuales del 1% desde dicho nivel. Este ejercicio consiste en ir añadiendo proponentes hipotéticos hasta completar 6, de tal manera que se incluyan la totalidad de combinaciones posibles entre todos los valores resultantes de las ofertas hipotéticas. Esto con el fin de calcular para cada una de ellas, media, mediana, precio de referencia, límites de primera y segunda etapa y calificación económica máxima resultante.

Con base en todas estas medidas, se calcula el porcentaje de éxito de cada proponente en todos los casos analizados. Este surge de la cantidad de veces que un proponente obtiene el mayor puntaje, sobre el total de casos calculados.

En la tabla siguiente se presentan datos generales del ejercicio tales como número total de proponentes ('N'), número de hipotéticos ('n'), número de ofertas económicas de cada oferente hipotético por cada ejercicio ('m') y total de combinaciones derivadas ('M').

Tabla No. 19
Datos Generales de los Ejercicios Realizados

Proponentes Adicionales (n)	Proponentes Totales (N)	Número Ofertas económicas de cada oferente hipotético (m)	Total de combinaciones (M ⁿ)
1	5	17	17
2	6	17	289
3	7	17	4.913
4	8	17	83.521
5	9	17	1.419.857
6	10	17	24.137.569

Fuente: Elaboración SIC.

En este punto, la Delegatura observa que las diferentes combinaciones de ofertas reales con las propuestas hipotéticas planteadas, incluyen las realizaciones particulares que tomaron los valores ofertados por **SAHO** y **GALERAS**. Esto, se da en razón a que las ofertas supuestas varían desde el 84% hasta el 100% del presupuesto oficial, porcentajes dentro de los cuales se encuentran aproximaciones a aquellos propuestos por **SAHO** (84,26%) y **GALERAS** (87,78%) durante la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009**, adelantada por el **INVÍAS**. Así por ejemplo, para el caso en que hay dos proponentes hipotéticos adicionales (n=2) mas las ofertas de **PAVIGAS, GISAICO, ESTYMA, y VÍAS NARIÑO** (N=6), una de las 289 combinaciones consideradas, es la situación en la que durante el proceso real se hubiese incluido tanto la propuesta de **SAHO**, como la de **GALERAS** en la evaluación económica.

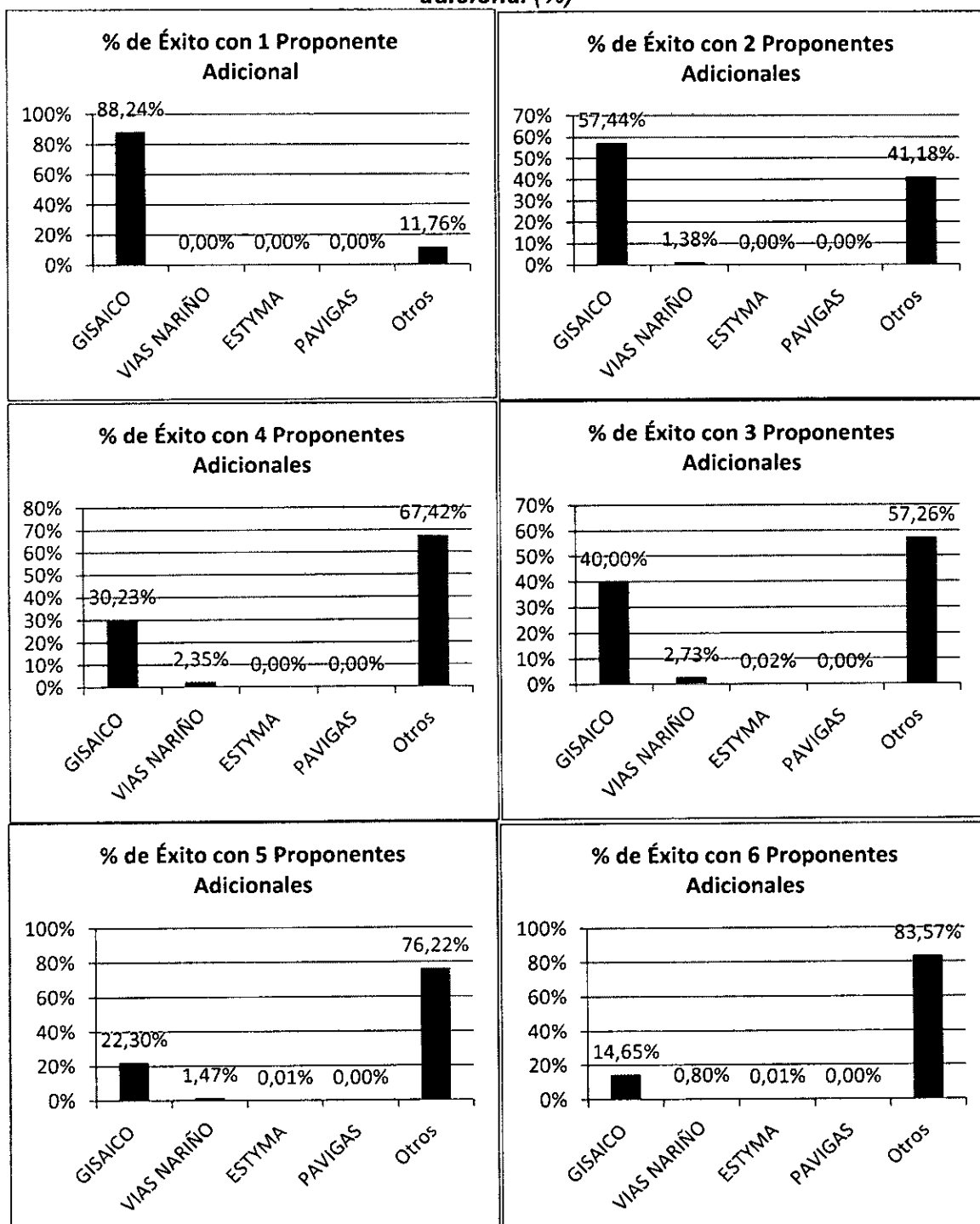
Los porcentajes de éxito resultantes, se muestran en las siguientes gráficas. En estas, los porcentajes obtenidos por los oferentes hipotéticos, se agregan en las barras categorizadas como "otros", por no ser de interés para el análisis.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Gráfica No. 13
Proporción de éxito de cada proponente en colusión agregando cada vez un proponente adicional (%)



Fuente: Elaboración SIC.

Como se puede observar en las gráficas, **GISAICO** ostenta el mayor porcentaje de éxito asociado en todos los ejercicios considerados, sin que para que esto importe cuántos proponentes hipotéticos adicionales que varien su oferta desde 84% hasta el 100% del presupuesto oficial, se involucren en el estudio.

De igual manera, se puede observar en las ilustraciones referenciadas, que el porcentaje de éxito de **GISAICO** decrece en la medida en que se van incluyendo proponentes supuestos, de

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

tal manera que se reducen sus posibilidades de obtener el mayor puntaje económico posible (pasa de un 88,24% a un 14,65%).

*En este orden de ideas, ya que los ejercicios muestran que no obstante se consideran una gran cantidad de ofertas variables adicionales (hasta 6) a las de **GISAICO, VÍAS NARIÑO, ESTYMA** y **PAVIGAS**, el nivel particular de estas últimas, hace que **GISAICO** tenga posibilidades significativas de resultar ganadora en la calificación económica. Estas posibilidades, se expresan en el hecho de que el porcentaje obtenido por **GISAICO** en todos los ejercicios no sólo es el mayor de los alcanzados por las cuatro ofertas fijas, sino que estos porcentajes incluyen valores más que significativos, tal como en los casos de un proponente (88,24%), dos (57,44%) y tres adicionales (40,00%).*

*En este punto, la Delegatura considera pertinente recordar que en el análisis económico previo, se encontró que las ofertas presentadas por **PAVIGAS, ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, contribuyeron a que **GISAICO** alcanzara altas posibilidades de éxito en una gran cantidad de escenarios de ofertas y número de proponentes. Por otro lado, dicho análisis, al estudiar la relación entre la posibilidad de éxito y ofertas económicas presentadas, mostró que valor propuesto por **GISAICO** era el único de los considerados que alcanzaba la mejor relación "posibilidad de éxito-ingresos". En este sentido, la Delegatura pudo concluir que existió una lógica económica coherente entre las ofertas de los proponentes **PAVIGAS, ESTYMA, VÍAS NARIÑO** y **GISAICO**, tendientes a favorecer a esta última empresa mediante el direccionamiento del mecanismo de calificación económica hacia su valor propuesto."*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura concluye que los porcentajes de éxito significativos que alcanza **GISAICO** en una gran cantidad de escenarios y número de proponentes posibles, refuerzan aún más la lógica económica colusora que pudo fraguarse por parte de **PAVIGAS, ESTYMA, VÍAS NARIÑO** y **GISAICO**, durante la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INVÍAS**.

4.6. Otras consideraciones de la Delegatura.

Adicional a los argumentos procesales y sustanciales atendidos por la Delegatura, en el informe motivado se atendieron algunos argumentos presentados por los investigados sobre otros temas.

4.6.1. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

En primera medida, la Delegatura sostiene que no es del todo técnica la pretendida asimilación de los elementos del ilícito penal a las infracciones administrativas, pues si bien ambas categorías pertenecen a la esfera del *ius puniendi* del Estado, la doctrina y la jurisprudencia han ido señalando matices diferenciadores que no pueden pretermitirse en ningún análisis jurídico de reproche.

Tipicidad:

Sobre el principio de tipicidad, la Delegatura sostuvo que el mismo constituye un elemento primordial en la concreción del mandato de legalidad que se introdujo en el artículo 29 constitucional, pues mientras no haya una disposición normativa que castigue una determinada acción resulta imposible que se genere una sanción administrativa.

Una diferencia que emerge entre el mandato de tipificación en el ilícito administrativo en materia de competencia respecto del delito penal, es que en el primero el legislador puede hacer una descripción de los elementos objetivos del tipo mucho más flexibles que en el

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

segundo. Una cláusula de prohibición general como la que incorpora el artículo primero de la Ley 155 de 1959 estaría vedada en materia penal por ser un dispositivo típico amplio cuya órbita se extiende a una variedad de verbos rectores no necesariamente preestablecidos.

Adicionalmente, sobre el caso concreto, sostiene la Delegatura que el acuerdo queda demostrado tras evidenciar una práctica conscientemente paralela entre los proponentes investigados, pues teniendo un actuar coordinado, económicamente demostrado como óptimo para coludir y sin explicación económicamente lógica individualmente para el sostenimiento del silencio respecto a la colaboración existente al momento de la génesis del reproche protagonizado por el **INVÍAS**, se configura la existencia de un paralelismo consiente cuya única explicación lógica, aplicable respecto del acervo probatorio, indica que su objeto era la colusión en la licitación en análisis.

Antijuridicidad:

Expone la Delegatura que si bien el principio de antijuridicidad no tiene una connotación constitucional, el mismo se encuentra plenamente protegido por otros valores de este rango como lo es el principio de proporcionalidad o "*prohibición de exceso*". Lo anterior no implica que la definición misma de la antijuridicidad penal, en términos de su importancia respecto a la afectación material del bien jurídico tutelado sea trasladable a otras manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, pues cada régimen sancionador posee sus propias particularidades y las interpretaciones de los principios y valores deben efectuarse *mutatis mutandi*.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

*"De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Sin embargo en los otros ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerarse como lo ha señalado reiteradamente la Corporación, sus particularidades (C.P., art. 29)."*²⁵

Así las cosas, según la Delegatura, es necesario analizar la aplicación del principio de proporcionalidad a la conducta reprochada por la autoridad para determinar, en ese contexto, la antijuridicidad de los actos ejecutados por los investigados. Por lo anterior, teniendo en cuenta que la conducta que se reprocha fue por objeto, no es necesaria, ni se pretende tratar, la afectación material del bien jurídico tutelado por el Régimen General para la Protección de la Competencia, pues la inexistencia del efecto hace que la conducta se reproche por el peligro que representó para la competencia en esa licitación.

En esos términos, se sugiere sancionar una conducta que la normatividad del régimen de protección de la competencia considera contraria al comportamiento esperado de un agente en competencia. Con ello se denota la particularidad de este derecho administrativo sancionador, que lo diferencia radicalmente del derecho penal. En estos términos, señala la Delegatura que la amenaza que el comportamiento del agente representó al proceso competitivo protegido resulta más que suficiente para evidenciar la proporcionalidad constitucional exigida al momento de sancionar una conducta, o en otros términos, la antijuridicidad de la misma.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Aterrizando lo anterior en el caso *sub examine*, resultó claro para la Delegatura - atendiendo a la definición del mercado en los casos de prácticas restrictivas de la competencia en procesos de selección contractual con el Estado-, que el impacto de la conducta investigada afectó definitivamente el curso competitivo de la licitación en la que se desarrollaron las acciones reprochadas. No sólo el actuar estudiado conllevó a la declaratoria de desierto del proceso -afectación absoluta-, sino que los agentes involucrados representaban el 100% de las ofertas válidas y tenidas en cuenta en el orden de elegibilidad, y el 66.6% de los proponentes que presentaron oferta.

Culpabilidad:

Sostiene la Delegatura que la imposibilidad de demostrar con plenas pruebas la psiquis de los infractores, obliga a demostrar el objetivo de un acuerdo como anticompetitivo a través de indicios. Esto obliga a los imputados a demostrar que esos indicios e inferencias, cuando tienen la fortaleza de este caso, apuntan a otros motivos diferentes a los de una colusión.

En esos términos, se infiere del actuar de los demás investigados en el momento en que tuvieron conocimiento de la participación formal de **INCOEQUIPOS** en el proceso de selección, que el elemento intencional, demostrado a través de su silencio, es el de una distorsión del proceso de selección, pues pudiendo actuar, nada hicieron para que el resultado lesivo de la competencia no se concretara, aun cuando sus intereses particulares y aparentemente en competencia estaban en juego.

Además, el análisis económico efectuado arrojó que el comportamiento de los agentes investigados fue racionalmente adecuado y óptimo en un escenario de colusión y no en uno de competencia genuina, lo que permitió descubrir que la voluntad real no era la de competencia sino la de cooperación indebida.

4.6.2. De la ausencia de responsabilidad de **PAVIANDINOS** y **MANUEL GUILLERMO ARENAS**

Resalta la Delegatura que **MANUEL GUILLERMO ARENAS** fungía como representante legal de **PAVIANDINOS** para la época en la que conformó, de la mano de **INCOEQUIPOS**, el consorcio **VÍAS NARIÑO**, y que, en un principio, las actuaciones que adelante la conformación plural acarrea la responsabilidad de cada uno de sus miembros.

Pese a lo anterior, reconoce la Delegatura que la responsabilidad respecto a conductas contrarias a la Ley no puede ser automáticamente transferida del ejecutor a sus consorciados. Por esta razón, procedió a determinar en qué grado, o hasta que medida, existió participación de **MANUEL GUILLERMO ARENAS** y **PAVIANDINOS** en las conductas que se reprochan en la presente investigación.

La Delegatura encontró que no hubo participación alguna de **PAVIANDINOS** o su representante legal en el mandato entre **INCOEQUIPOS** y los demás proponentes. Lo anterior fue ratificado en las diferentes diligencias de interrogatorio.

Consecuentemente, la Delegatura sugirió no sancionar a **PAVIANDINOS** ni a **MANUEL GUILLERMO ARENAS**, teniendo en cuenta que quedó plenamente demostrado que el actuar colusorio del consorcio **VÍAS NARIÑO** fue ejecutado exclusivamente por **INCOEQUIPOS**, quien acordó con los demás proponentes y a modo particular, la colaboración en la confección de la ofertas de ellos.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

4.6.3. De la responsabilidad de las personas naturales investigadas

Menciona la Delegatura que la ley prevé que se imponga a la persona natural que en el plano material y real, ejecuta, tolera, facilita o autoriza la conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia, motivo por el cual las personas naturales que no fungen directamente como agentes económicos en los mercados, pueden provocar con su acción u omisión el acaecimiento de conductas contrarias a la libre competencia.

Por lo anterior, una vez demostrado el nexo de causalidad entre la sanción impuesta a la persona jurídica y la acción positiva de la persona natural, materializada en cualquiera de los verbos rectores descritos, se tipifica la conducta sancionada por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En el caso concreto, la Delegatura resalta que los resultados lógicos obtenidos de la aplicación de la sana crítica a la cadena indiciaria obtenida, desde el mismo momento que se adelantaron las primeras incriminaciones por parte de SAHO, la llevó a concluir que las personas naturales que comprometieron la voluntad de sus representadas dentro del proceso licitatorio pudieron, como se analizó al estudiar la ausencia de voluntad, romper la relación de causalidad generada por el actuar de las personas jurídicas y aclarar ante el INVÍAS lo que hoy argumentan. Lo anterior con miras a evitar que factores exógenos a su conducta fueran las determinantes para evitar el daño al bien jurídico tutelado que sólo se pudo evitar con el actuar responsable de la entidad contratante de declarar desierto dicho proceso.

Así las cosas, si bien manifiestan que desconocieron la existencia de un acuerdo colusorio en desarrollo del trámite precontractual de la licitación, su actuar toleró y permitió, a partir del conocimiento de las imputaciones formuladas a los cuatro proponentes, que el daño pudiese haber llegado a concretarse.

4.7. Conclusiones generales.

Por todo lo anterior, la Delegatura, luego del análisis contextualizado del acervo probatorio contenido en el Expediente, así como las conclusiones económicas, concluyó:

"La licitación pública sub examine, tiene dos fases de análisis por parte del ente adjudicador: una primera, consistente en la revisión de aquellos requisitos habilitantes que determinan los proponentes que finalmente serán tenidos en cuenta para establecer el orden de elegibilidad; y una segunda, que determinará el orden de elegibilidad de los proponentes en razón de su oferta económica.

Así las cosas, para que un competidor pueda lograr ser adjudicatario debe en primera instancia, superar el filtro habilitante, cumpliendo con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; y en segundo lugar, tener la oferta económica apropiada para que, según el método de adjudicación, logre ocupar el primer lugar del orden de elegibilidad.

Bajo este concepto, y como primera conclusión, no hay razón lógica que pueda justificar que un competidor colabore para que otros tres competidores puedan hacer parte de la contienda en la que pretende resultar adjudicatario; pues el sentido lógico de la competencia busca, por el contrario, que no existan competidores que puedan hacerse acreedores del contrato que se pretende.

Teniendo en cuenta esto, INCOEQUIPOS manejaba, como se manifestó en párrafos anteriores, un esquema de "gana gana"; pues con el manejo de información privilegiada

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

respecto a las ofertas de otros tres proponentes, estaba en capacidad de formular una oferta óptima para la consecución del contrato; y en caso de no lograr la adjudicación, beneficiarse de las utilidades que el suministro de material de su planta asfáltica le podría brindar.

*Por su parte, **GISAICO** fue el beneficiario de la estructura colusoria orquestada bajo la batuta de **INCOEQUIPOS**, pues como se vio en la parte motiva del presente informe motivado, el primer lugar de elegibilidad que consiguió en el orden de elegibilidad sólo podía mantenerlo con la participación de las ofertas económicas de los demás investigados. De ahí que no corrió el riesgo de ventilar el argüido mandato ante la autoridad competente, so pena de perder quienes lo posicionaban en la opción primaria de adjudicación.*

*Es de recordar que **GISAICO** sostuvo, tanto ante el **INVÍAS**, como frente a la **FISCALÍA** y la **SIC**, que ella había finiquitado individualmente su oferta, y solo ante esta Superintendencia fue que manifestó la colaboración prestada por **INCOEQUIPOS**, la cual según afirman, se limitó a la entrega de la oferta y la asistencia a la visita obligatoria; afirmaciones que pugnan contra la lógica del actuar cómplice del silencio aplicado ante la entidad contratante y la **FISCALÍA**.*

*En estos términos, **GISAICO** nunca manifestó, al ser interrogado respecto a las similitudes halladas frente a las propuestas de otros tres proponentes, su extrañeza o molestia respecto al actuar de **INCOEQUIPOS** calificado por ellos mismos en esta sede como "desleal". Cabe resaltar que **GISAICO** tampoco manifestó, al momento de ser confrontados inicialmente, por el **INVÍAS**, asombro alguno respecto del CD reconocido por las diferentes entidades del Estado como contentivo de su oferta económica, así como tampoco respecto del índice que guarda identidades absolutas con los de los demás investigados.*

*Por ello, no es acogida la tesis ofrecida en forma de contradicción a la teoría del caso ofrecido por esta Autoridad, en cuanto el actuar de **GISAICO** desde el momento primigenio en que se pone en duda el actuar independiente, se limitó exclusivamente a negar cualquier partición conjunta, sin desvirtuar de modo alguno la sombra de duda que se formaba entorno a su actuar. Pues al parecer sólo frente a una eventual sanción administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, y ya eliminada su posibilidad de resultar adjudicatario del contrato, es que pretende demostrar, de forma insuficiente, su actuación independiente y en sana competencia; cuando su conducta complicitaria quedó en evidencia cuando no detuvo, a través de la exposición del actuar de **INCOEQUIPOS**, el curso causal que su actitud desprevenida y confiada creó con miras a afectar el bien jurídico tutelado amenazado.*

*No muy alejados del reproche manifestado en párrafos anteriores merece el actuar de **ESTYMA** y **PAVIGAS**, pues si bien ellos no manifestaron la independencia al ser confrontados inicialmente, sí dejaron con su silencio un manto de duda sobre las explicaciones a la serie de coincidencias encontradas. Por lo anterior, no puede predicarse la ausencia de responsabilidad administrativa de estos dos agentes en cuanto, al igual que **GISAICO**, con su silencio predecesor a la confrontación originario respecto a las similitudes encontradas entre las ofertas, simplemente dejaron que ese curso causal creado por su actuar irresponsable de poner en manos de otro proponente sus ofertas económicas, y su participación en el proceso; siguiera ejecutándose con miras a afectar el bien jurídico que se protege.*

*Adicionalmente, y como se expuso con anterioridad, la situación acaecida configura una oportunidad óptima para denunciar el abuso de confianza perpetrado por **INCOEQUIPOS** y en favor de **GISAICO**. Así, hubieran podido eliminar estos dos proponentes que se encontraban por delante de ellos en el orden de elegibilidad; pero prefirieron guardar silencio cómplice para que se mantuviera la selección original de adjudicar el contrato a su aparente competidor, **GISAICO**.*

*Vale la pena resaltar, a esta altura, lo ya planteado respecto a la ausencia de responsabilidad de **PAVIANDINOS** y **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, pues como se manifestó, él*

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

es responsable del contenido de la oferta planteada por el consorcio independientemente de su participación en la confección de la misma, como parte de la diligencia de que debe tener un agente económico que participa de un proceso competitivo; pero no resulta transmisible esa responsabilidad a las actuaciones paralelas de su consorciado respecto a las actividades de colaboración que presto con otros tres proponentes. Lo anterior, expresamente manifestado por cada uno de los investigados a lo largo de toda la actuación.

*Así las cosas, resulta probado para esta Delegatura que **INCOEQUIPOS, ESTYMA, PAVIGAS** y **GISAICO** actuaron bajo un acuerdo restrictivo de la competencia dentro del proceso de licitación adelantado por el **INVÍAS** que se investiga, con el fin de optimizar sus posibilidades de resultar adjudicatarios del mismo por el conocimiento asimétrico ilegalmente obtenido a través de haber compartido información no sólo sensible, sino exclusivamente esencial para la participación en la contienda, como es la oferta económica planteada.*

El comportamiento descrito resulta sumamente atípico frente a las reglas de la lógica de la competencia, pues el insumo más importante, y por ende el que debe resultar más celado por los proponentes, es su oferta económica. Pues con ella no sólo compiten, sino que pueden alterar los métodos de adjudicación por los que se deciden los diferentes procesos de selección contractual.

*En concordancia con lo anterior y acorde lo manifestado en el numeral 11.2.15, es evidente y encuentra probada esta Delegatura la existencia de un acuerdo colusorio en el marco del proceso **LP-SGT-GPD-042-2009**, respecto de los investigados señalados, donde es evidente la participación activa de las personas naturales indicadas, en la autorización, ejecución, facilitación y tolerancia del acuerdo colusorio demostrado en el presente informe.”*

4.8. Recomendación

A partir de las conclusiones expuestas, la Delegatura recomendó: “(...) sancionar a **PAVIGAS LTDA., GISAICO S.A. INGENIEROS CONTRATISTAS, ESTYMA S.A. e INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A.** por la vulneración del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153, bajo la comisión de la conducta en la modalidad por objeto; y archivar la investigación respecto de **PAVIMENTOS ANDINOS S.A.** teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente informe motivado”.

Adicionalmente, recomendó a este Despacho tener en cuenta que “(...) **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A.** (...)cumplió las veces de instigador, organizador y ejecutor de la conducta desplegada por los investigados a sancionar”.

Por último, también recomendó “sancionar a **LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO, DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO, GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO** y **JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO** por haber tolerado y permitido, en su condición de representantes firmantes, las acciones de las sociedades a sancionar dentro del proceso bajo estudio, incurriendo así en la conducta tipificada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Por su parte, se recomienda archivar la presente investigación respecto de **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, teniendo en cuenta las circunstancias de modo tiempo y lugar descritas en la parte motiva del presente informe”.

QUINTO: 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, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes manifestaron, dentro del término establecido para que expresaran sus observaciones, lo siguiente:

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

5.1. Observaciones presentadas por INCOEQUIPOS

5.1.1. Recurso de reposición

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-217 del 13 de agosto de 2014, **INCOEQUIPOS** solicita la interrupción de los términos para presentar observaciones al Informe Motivado porque, según él, contra la decisión sobre nulidades planteadas cabe recurso de reposición, y al haberse resuelto dentro del informe motivado, el efecto suspensivo del recurso que se presenta contra esa decisión afecta el informe motivado en general.

En primer lugar, **INCOEQUIPOS** alega que la Delegatura inició la práctica de pruebas decretadas en un acto administrativo que a su juicio no estaba en firme. Sostiene que la Delegatura descuartizó la Resolución de pruebas al practicar las decretadas cuando no se había resuelto el recurso de reposición interpuesto frente a las pruebas rechazadas.

En segundo lugar, sostiene que se negó la práctica de unos testimonios con base en una sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que fue revocada por el Consejo de Estado a finales de mayo de 2014. Independientemente de lo anterior, **INCOEQUIPOS** afirma que tampoco existía sustento jurídico para negar los testimonios en razón de que versaban sobre otros investigados en el trámite, pues como lo expuso en alegaciones anteriores, los demás investigados tienen más la apariencia de terceros entre ellos que de contrapartes.

Por lo anterior, considera que la Delegatura obró con excesiva formalidad en contra de los investigados al considerar que no era procedente oír a un investigado a través de un testimonio, pero fue flexible a su favor al decretar un interrogatorio de parte de alguien que no es contraparte.

En tercer lugar, recurre la decisión adoptada por la Delegatura en el sentido de rechazar la solicitud de un peritaje económico atendiendo a los conocimientos científicos del Juez. Para el recurrente no es válido este argumento por cuanto el firmante del Informe Motivado, el Delegado para la Protección de la competencia, no es ni economista ni contador y su experticia no es la elaboración de escenarios económicos.

Así mismo, alega que se le vulneró su derecho de defensa al no permitírsele complementar el cuestionario que podía hacerse a un perito en los términos del C.P.C.

5.1.2. Observaciones al Informe Motivado

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-224 del 3 de septiembre de 2014, **INCOEQUIPOS** expone los siguientes argumentos respecto al Informe Motivado.

5.1.2.1. Principio de igualdad de trato de la administración frente a los administrados.

Inicia **INCOEQUIPOS** sus argumentos señalando que la **SIC** ya había autorizado en casos anteriores el mandato entre competidores. Para lo anterior, el interviniente sostiene que por motivos de seguridad jurídica, principio de legítima confianza y la previsibilidad de las decisiones judiciales, los investigados confiaron legítimamente en un fallo anterior de la **SIC** entre los años 2005 y 2006, para adelantar un contrato de mandato entre competidores.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Para el interviniente, en el caso de POSTOBON S.A., GASEOSAS LUZ S.A. y PRODUCTOS QUACKER LTDA., que terminó mediante aceptación de garantías en las que se condicionó mediante la Resolución 15847 del 6 de julio de 2005, se le permitió a un competidor celebrar un mandato con otro competidor para la distribución y recaudo de su producto, haciendo plausible y legal el uso de esta información comercial, escenario que considera le aplica como un espejo a la situación del caso *sub examine*.

5.1.2.2. Características del contrato de mandato celebrado.

Sostiene **INCOEQUIPOS** que atendiendo a que las propuestas debían entregarse en Bogotá, ofreció a tres de sus posibles compradores de suministros encargarse de: (i) entregar la oferta de cada uno; y (ii) solicitar la póliza de seriedad respectiva. En virtud de lo anterior, **INCOEQUIPOS** remitió a cada uno de sus mandantes (**PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO**) los formatos e índices de presentación para que ellos incluyeran el contenido para licitar.

Sostiene que durante este tiempo, **INCOEQUIPOS** no podía participar pues no cumplía con los requisitos financieros establecidos en los pliegos de condiciones. Por lo anterior, buscó un consorciado para satisfacer las exigencias del pliego, y consecuentemente, hasta último momento los mandantes desconocían la intención de **INCOEQUIPOS** de participar.

Así mismo, **INCOEQUIPOS** reconoce que sus mandantes les remitieron las ofertas económicas por correo electrónico, para luego ser grabadas en CDs.

Luego de mencionar las conclusiones de la Delegatura, **INCOEQUIPOS** manifiesta que ***"la Delegatura no tiene en cuenta la existencia del mandato. Y de tenerlo en cuenta, considera que el desarrollo del mismo genera un riesgo potencial al bien tutelado por el intercambio de información entre competidores que debe ser castigado, lo que llama la ilicitud por objeto"***.

Acto seguido, y luego de una exposición de las transcripciones de los interrogatorios de parte entregados por los investigados, **INCOEQUIPOS** sostiene que está demostrado que: (i) no existe contrato de suministro, sino simples negociaciones sobre el particular; (ii) hay un contrato de mandato entre **INCOEQUIPOS** y las demás investigadas; y (iii) que las obligaciones del mandato se limitaban a la constitución de las pólizas, la remisión de los formatos, la grabación de la oferta económica en CD y la entrega de la oferta en el **INVÍAS**.

Adicionalmente, sostiene que el fallador no cuenta con elementos de prueba que respalden la conclusión del Informe Motivado, porque los indicios expuestos no llevan a conclusiones inequívocas. Por lo anterior, manifiesta que el Despacho no contaría con elementos probatorios suficientes para demostrar el uso de información y favorecimiento de terceros.

5.1.2.3. Respecto al objeto de falsear la competencia.

Parte **INCOEQUIPOS** de la premisa de que los investigados manifestaron desconocer la participación de esa sociedad en la licitación en comento. Consecuentemente, sus respectivos contratos de mandato no pueden ser tomados como herramienta para falsear la competencia, pues esta situación no se ha demostrado.

Adicionalmente, el interviniente sostiene que los investigados no son nadie para definir la ilegalidad del uso de los precios de un competidor, más aún cuando la **SIC** en

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

pronunciamiento anterior dio vía libre a la celebración de un mandato entre competidores que permitió a uno de ellos conocer los precios de su competidor de forma anticipada.

Sobre este antecedente administrativo, **INCOEQUIPOS** señala que la **SIC** abrió una investigación por prácticas restrictivas de la competencia por la celebración de un acuerdo en virtud del cual **PEPSICO** permitiría que **POSTOBON** comercializara su bebida isotónica "Gatorade".

Agrega que esta investigación se archivó por aceptación de garantías con los siguientes condicionamientos: (i) la producción de "Gatorade" debía hacerse a través de un tercero y (ii) **POSTOBON** repartiría "Gatorade" en sus camiones; y (iii) **POSTOBON** recaudaría pedidos y ventas de "Gatorade".

Por lo anterior, concluye que "POSTOBON necesariamente conocería el esquema territorial de distribución de **PEPSICO**, así como que **POSTOBON** conocería los precios fijados por **PEPSICO**, al margen de su política para formar el precio. Pue (sic) si **POSTOBON** es quien vende y reparte los productos resulta lógico que antes su competidor (**QUAQUER** (sic)) le ha dicho a él (**POSTOBON**) el precio a como se deben vender los productos". Posteriormente, y ante solicitud de los condicionados, la **SIC** autorizó la comercialización de "Gatorade" por parte de **POSTOBON** a través de un mandato con representación.

Por lo anterior, hay una autorización por parte de la **SIC** para la celebración de mandatos entre competidores que permiten conocer sus precios; precedente que si bien puede ser cambiado, no elimina la confianza legítima sobre la que actuó **INCOEQUIPOS**.

5.1.2.4. *Peticiones.*

Pese a que no se formula una solicitud puntual, **INCOEQUIPOS** resalta que "dentro del informe que trasladan de la oficina encargada de la instrucción se presentan vicios que permitirían una conclusión diferente".

5.1.3. Solicitud de nulidad

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-225 del 4 de septiembre de 2014, **INCOEQUIPOS** expone los siguientes argumentos para sustentar 4 nulidades procesales, a saber: (i) negativa de práctica de testimonios bajo un excesivo ritualismo jurídico; (ii) rechazo indebido de peritaje y práctica del mismo por parte de la Delegatura; (iii) práctica de pruebas sin estar en firme el acto administrativo que las decreta; y (iv) interrupción del término de traslado del Informe Motivado.

En primer lugar, sobre los testimonios negados argumenta que la Delegatura alegó una sentencia de tutela que fue revocada por el Consejo de Estado para sustentar la negativa de permitir que se practicaran los testimonios solicitados por los **INCOEQUIPOS** respecto de los demás investigados. Para **INCOEQUIPOS**, la Delegatura fue excesivamente formal para decir que los demás investigados no son terceros ajenos, pero muy informal para sostener que los investigados sí son partes para poder rendir su declaración por medio del interrogatorio de parte.

En segundo lugar, y de cara al peritaje económico, **INCOEQUIPOS** sostiene que su rechazo se hizo de forma indebida por cuanto una cosa es que el juez tenga el conocimiento para valorar una prueba y otra la existencia misma de la prueba que será valorada.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Adicionalmente, en su concepto el Delegado para la Protección de la Competencia no es profesional en economía o matemáticas, y no se tuvo oportunidad de conocer qué profesionales elaborarían el informe, por lo que no pudieron presentarse impedimentos y recusaciones.

Además, argumentó que la Delegatura rechaza la prueba por considerarla innecesaria, pero al mismo tiempo el estudio económico hace parte del Informe Motivado, lo cual denota una clara incongruencia por parte de la **SIC**. Para esto, expone doctrina para sustentar que el Juez tiene prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia, pues no podrían utilizarse hechos que interesan al proceso pero que no se reportaron a éste o no fueron controlados en él.

En tercer lugar, y respecto de la práctica probatoria con base en una resolución que no se encontraba en firme, **INCOEQUIPOS** sostiene que pese a sólo ser procedente el recurso de reposición sobre la negativa de pruebas, al estar contenida dicha negativa en el mismo acto que decreta otras pruebas, el efecto suspensivo del recurso afecta también las demás decisiones adoptadas en el Acto Administrativo. Lo anterior en cuanto el Acto Administrativo es uno sólo, independientemente de la cantidad de decisiones que se adopten en él.

Por último, en cuanto a la interrupción del término para alegar frente al Informe Motivado, **INCOEQUIPOS** acude al hecho de que en el Informe Motivado se resolvieron nulidades planteadas, lo que convirtió al informe motivado en un acto sujeto a recurso. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que no se informó en el Informe Motivado los recursos que procedían, hay una invalidez en la notificación del mismo.

5.1.4. Nuevas observaciones al Informe Motivado

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-227 del 10 de septiembre de 2014, **INCOEQUIPOS** expone argumentos adicionales respecto al informe motivado, que al presentarse de forma extemporánea no serán tenidos en cuenta.

5.2. Observaciones presentadas por DAIRO ALBERTO GARCÍA y GISAICO

5.2.1. Solicitud de nulidad

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-218 del 13 de agosto de 2014, **DAIRO ALBERTO GARCÍA** y **GISAICO** solicitan, pese a reconocer la improcedencia de recursos sobre este tipo de actos de trámite, la declaratoria de nulidad procesal en cuanto a su modo de ver la Delegatura expidió el Informe Motivado sin haber permitido la contradicción del informe técnico económico.

De igual forma, sostiene que al no ponerse a disposición de los investigados los soportes del análisis económico, no es posible para ellos contradecir o controvertir lo expuesto en él, configurándose un vicio procedimental que debe subsanarse con la retrotracción de lo actuado hasta antes de la expedición del Informe Motivado.

5.2.2. Observaciones al Informe Motivado

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-221 del 1 de septiembre de 2014, **GISAICO** y **DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO** exponen los siguientes argumentos respecto al Informe Motivado.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

5.2.2.1. Del silencio y derecho de no autoincriminación.

Parten los intervinientes de una exposición jurisprudencial sobre el principio de no autoincriminación reconocido en materia penal y los alcances que cobijan, en sus respectivas proporciones, la materia administrativa sancionatoria. Agregan que la Delegatura en varios apartes de su Informe Motivado expone que **GISAICO** guardó silencio, no se auto incriminó, ni incriminó a uno de sus competidores, motivos sobre los cuales sustenta su recomendación sancionatoria.

Así mismo, el hecho de que **GISAICO** fuera "pasivo" en la etapa precontractual de la licitación, y más específicamente en lo relativo a la presentación de observaciones sobre el pre pliego y pliego de condiciones, no constituye otra cosa que su concordancia con que con el presupuesto oficial podía adelantarse la obra.

Por otra parte, sostiene que el presunto acuerdo imputado sólo puede celebrarse con anterioridad a la presentación de las ofertas y su consumación sólo puede predicarse desde el momento que las mismas se entregan y se cierra el proceso.

Sobre la no reacción frente a la conducta desplegada por **INCOEQUIPOS**, **GISAICO** sostiene que deben tenerse en cuenta dos elementos: (i) que el reclamo no debe ser público y es válido el reclamo privado; y (ii) que no hay obligación jurídica de hacer tal reclamación. Esto último, en tanto el derecho de acción es una prerrogativa y no un deber.

Teniendo en cuenta lo anterior, **GISAICO** sostiene que respecto a su reclamación frente a la conducta de **INCOEQUIPOS** actuó de la siguiente forma: (i) al momento de presentarse las ofertas, incriminó privadamente a **INCOEQUIPOS** por su participación; (ii) al publicarse el informe de evaluación, no actuó por cuanto la conducta de **INCOEQUIPOS** no se materializó en un efecto negativo, pues **GISAICO** salió favorecido; (iii) al conocerse las observaciones de **SAHO**, y pese a evidenciarse manipulación de la oferta por parte de **INCOEQUIPOS** en cuanto se introdujeron documentos no firmados por el representante de **GISAICO**, así como la presentación de un CD no remitido con la propuesta económica de **GISAICO**, guardaron silencio y decidieron defender la elaboración de su oferta en sus oficinas, pues de iniciarse un trámite administrativo o penal sobre el asunto podrían demostrar que lo había hecho **INCOEQUIPOS**; (iv) en sede de **FISCALÍA** nunca fueron llamados a declarar y la actuación fue archivada; y (v) ante la **SIC** se alegaron los argumentos ya conocidos.

Agrega **GISAICO** que nunca existió un mandato entre **GISAICO** e **INCOEQUIPOS**, sino un simple trabajo de mensajería para que entregara la oferta que les enviaban. Por lo anterior, es ilógico que las opciones de **GISAICO** se analicen desde las ofertas presentadas por **ESTYMA** y **PAVIGAS**, pues no existió contacto entre ellas.

Adicionalmente, afirman que la Delegatura omite haber diseñado un escenario hipotético con la participación de los doce potenciales proponentes que asistieron a la visita obligatoria, motivo por el cual, solicita en esta oportunidad que se practique bajo el supuesto de que se presentaran con ofertas cercanas al presupuesto oficial.

Por todo lo expuesto, plantean que no es procedente generar un nexo causal indiciario sobre el ejercicio del legítimo derecho de no autoincriminación.

De igual modo, sostienen que "[e]l silencio no demuestra NADA", y que el conocimiento adquirido con posterioridad al cierre de la licitación se limitó al engaño sufrido, motivo por el

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

cual atribuírseles un acuerdo *"por un conocimiento posterior de un engaño, eso sería totalmente ilógico"*.

Agregan que su silencio también fue usado como sustento de la teoría de creación de un riesgo y como soporte de la inacción frente a su posible concreción. Al respecto, afirman que no hay ningún riesgo creado por el desconocimiento de **GISAICO** sobre los acuerdo de **ESTYMA** y **PAVIGAS** con **INCOEQUIPOS**. Consecuentemente, *"[e]l peligro imputable a un ciudadano no es el que surge de celebrar contratos válidos como el de prestación de servicios (GISAICO S. A.) o el de mandato (ESTYMA y PAVIGAS), sino el hacerlo con el propósito de violar la Ley"*.

Tampoco comparten las afirmaciones de la Delegatura en el sentido de que el silencio, que consideran un derecho de no autoincriminación, convierta una situación legal de derecho en un acuerdo ilegal.

5.2.2.2. Del material probatorio.

A juicio de los intervinientes, la vulneración de su derecho al silencio y no autoincriminación, fácilmente lleva a la Delegatura a cometer un error de apreciación en cuanto sostiene que el simple hecho de que **GISAICO** confiara su propuesta a **INCOEQUIPOS**, representa que **GISAICO** conocía la intención de **INCOEQUIPOS** de participar en el proceso, de utilizar su oferta y facilitar el conocimiento de la misma a los otros proponentes investigados. En palabras de los intervinientes: *"[s]uponer que se había faltado al deber del secreto de la oferta económica, es partir del supuesto de que GISAICO S. A. sabía que INCOEQUIPOS S. A. se iba a presentar, y que, además, sabía que otros proponentes también lo sabían y con ese fin habían entregado sus propuestas económicas a INCOEQUIPOS S. A., y que, además, cada uno de ellos conocía las propuestas económicas de sus competidores"*.

Respecto de las cartas de autorización para la visita de obra, manifiestan que no conocían que **INCOEQUIPOS** también fuera a presentarse, ni que estaba colaborando paralelamente con otros dos proponentes. Sin embargo, esta práctica no está prohibida y se usa comúnmente en cuanto un posible proveedor puede desarrollar otras tareas previas y adicionales al suministro, como facilitar una persona para asistir a la visita obligatoria.

También afirman que el silencio de **GISAICO** frente al presupuesto oficial sólo quiere decir que el valor satisfacía las condiciones económicas de **GISAICO**. Pensar lo contrario implicaría una vulneración al principio de la buena fe.

Por otra parte, manifiestan que resulta válida la obtención de cotizaciones de posibles proveedores en la zona, figura que no está prohibida jurídicamente y que ha sido reconocida por la misma **SIC** en su Resolución No. 35769 de 2012. En esta misma línea, sostienen que la **SIC** manifiesta que la conducta de **INCOEQUIPOS** fue irracional respecto a la de un competidor independiente, olvidando que una persona puede elegir ser simplemente proveedor.

En cuanto a las coincidencias en las ofertas económicas presentadas entre **VÍAS NARIÑO** y **GISAICO**, esta última sostiene que no se tuvo en cuenta por parte de la Delegatura el hecho de que las coincidencias entre esas dos ofertas económicas también resultan coincidentes con el presupuesto oficial. De igual forma, agregan que esa igualdad sólo demuestra que **INCOEQUIPOS** accedió a la oferta de **GISAICO**, pero no que exista un acuerdo colusorio.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Sobre las carátulas de las ofertas, simplemente manifiestan que a su parecer son diferentes.

De cara a los índices, sostiene que **GISAICO** no ha reconocido como propio el índice entregado con su propuesta y alega que fue introducido con posterioridad a la remisión hecha a **INCOEQUIPOS**.

En cuanto a las pólizas de garantía de seriedad de la oferta, simplemente se limitó a decir que **INCOEQUIPOS** era un proveedor en ese entonces para él, y que por ello, no puede pensarse que había una indebida colaboración entre competidores en cuanto no se conocía de la intención de competir de **INCOEQUIPOS**.

Con relación a los CDs contentivos de las ofertas económicas, **GISAICO** se mantiene en que no contiene la oferta económica remitida por **GISAICO** a **INCOEQUIPOS**, y que sólo se les ocurre que **INCOEQUIPOS** creó el CD al momento de manipular la oferta de **GISAICO**, con miras a ganarse la adjudicación del contrato.

5.2.2.3. Del análisis económico que hace la Superintendencia.

Argumentan los intervinientes que no tenían conocimiento de las demás ofertas, ni de la presentación de **INCOEQUIPOS** en la contienda. Pero que de igual modo, *"la propuesta de INCOEQUIPOS S. A. nada agregó al resultado, no porque GISAICO S.A. la conociera, que no fue lo ocurrido, sino porque el cierre del proceso arrojó un resultado no esperado: los precios presentados por los oferentes sobre los cuales INCOEQUIPOS S.A. no tuvo control, no fueron los presupuestados, sino otros muy diferentes"*. Lo anterior lo reafirman al expresar que la oferta de **INCOEQUIPOS** nada le agregaba al resultado, pero permitía entender que la oferta de **GISAICO** era la mejor, porque aún sin ella, la oferta ganadora sería la de **GISAICO**.

Lo anterior sólo reflejaría que **GISAICO** elaboró adecuadamente su propuesta porque resultaba adjudicataria en uno y otro escenario, y para demostrarlo, solicitan que los que elaboraron el informe económico estudien los escenarios en los cuales la propuesta de **INCOEQUIPOS** hubiera sido adjudicataria y expliquen si esos escenarios son también válidos.

5.2.2.4. Sobre el hecho investigado.

Teniendo en cuenta que de los supuestos del numeral 9 el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 sólo sería procedente la sanción por objeto, y no hay prueba alguna que permita exponer que hubo un acuerdo cuyo objeto era la colusión, no puede concluirse que indiciariamente este demostrado el acuerdo reprochado.

Para sustentar lo anterior, los intervinientes exponen algunas sentencias sobre el valor del indicio y la necesidad que el mismo genere un nexo causal lógico de suficiencia consecuencial para que pueda ser considerado como tal.

5.2.2.5. Peticiones.

Con base en lo anterior, **GISAICO** y **DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO** solicitan que: *"se haga respetar el derecho al silencio y a la no autoincriminación, y reconozca que la prueba indiciaria en la que se ha soportado el informe, no cumple con las condiciones legales de univocidad y equivocidad"*.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

5.2.3. Declaratoria de caducidad

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-229 del 22 de octubre de 2014, **GISAICO y DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO** solicitan la declaratoria de caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC, teniendo en cuenta que ya pasaron 5 años desde el día del cierre del proceso, es decir, el 21 de octubre de 2009.

5.3. Observaciones presentadas por JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO

5.3.1. Solicitud de nulidad

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-219 del 22 de agosto de 2014, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** solicita la declaratoria de nulidad procesal en cuanto, a su modo de ver, existe una irregularidad procesal respecto al informe económico de la Delegatura y la práctica de los interrogatorios durante la etapa probatoria.

En primer lugar, sostiene **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** que la prueba pericial se practicó por parte de la Delegatura con falencia de los siguientes elementos esenciales: (i) no se informaron los profesionales que adelantarían el informe económico para definir sus inhabilidades e incompatibilidades; (ii) que como investigados hicieron parte de la formación del cuestionario sobre el que debía adelantarse el estudio económico; y (iii) que se corriera traslado del informe económico para que se pudiera controvertir, ampliar, adicionar o aclarar.

En segundo lugar, sostiene que nunca se le dio respuesta a sus comunicaciones sobre la improcedencia de adelantar los interrogatorios de parte celebrados en cuanto no se encontraba en firme el Acto Administrativo que los decretaba.

Por lo anterior, solicita la declaratoria de nulidad de lo actuado en cuanto a su modo de ver la Delegatura no ha contestado las nulidades presentadas al respecto.

5.3.2. Observaciones al Informe Motivado y solicitud de nulidad

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-228 del 12 de septiembre de 2014, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** expone los siguientes argumentos respecto al Informe Motivado.

5.3.2.1. *Ausencia de conocimiento*

Argumenta **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** que efectivamente firmó la propuesta de **VÍAS NARIÑO**, pero que nunca contactó a los demás proponentes ni conoció de los hechos objeto de la presente investigación, y por ello, no pudo haber tolerado una conducta que desconocía.

Para sustentar lo anterior, cita apartes de las declaraciones ofrecidas por los investigados en la etapa instructiva del trámite, y concluye que nadie menciona que haya sido él quien contactó o tuvo conocimiento de los acuerdos celebrados con los proponentes. Lo anterior, aunado a que no está demostrado que la simple firma de la propuesta falseara la competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

5.3.2.2. Estructura interna de INCOEQUIPOS

Sobre el particular, pone de presente que la línea jerárquica de la sociedad inicia en los Socios, desciende a la Junta Directiva, de ahí pasa al Presidente de la compañía para luego aterrizar en el Gerente General o representante legal. Por esto, afirma que las directrices comerciales, y la determinación de participar en diversos proyectos de la compañía, reposan en cabeza de los Socios, la Junta directiva y el Presidente de la compañía, confirmado en cuanto *"el señor Guillermo Rodríguez ha ejercido una labor comercial en la compañía desde que la creó"*.

En consecuencia, y pese a que **INCOEQUIPOS** siempre tuvo un Gerente y representante legal externo, las decisiones comerciales y financieras de la sociedad siempre fueron tomadas por la presidencia, dejando en cabeza del gerente, exclusivamente, el manejo administrativo interno de la empresa y el desarrollo técnico de todos los proyectos.

De cara al tema de las licitaciones, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** sostiene que en **INCOEQUIPOS** operaba un departamento de licitaciones a cargo de JUAN GABRIEL CISNEROS, el cual dependía de la gerencia técnica.

En cuanto al proceso bajo estudio, informa que el mismo fue detectado por JUAN GABRIEL CISNEROS determinando que era viable la participación en cuanto se tenía planta en la zona para suministrar el material necesario para la obra. Con lo anterior, la Presidencia, la Gerencia General y los departamentos técnico y de licitaciones, recomendaron a la Junta Directiva la participación de **INCOEQUIPOS**, pero teniendo en cuenta que no cumplían con un requisito financiero, buscaron un consorciado.

Por otra parte, expone que por encontrarse en Tuluá, Valle del Cauca, no le fue posible participar de la elaboración de la oferta de **VÍAS NARIÑO**. Por lo anterior, sólo hasta el día que encontró el cobro de las pólizas de los demás investigados, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** se enteró del supuesto encargo, y al indagar recibió respuesta por parte de JUAN GABRIEL CISNEROS en los términos de que se trataba del cumplimiento de una orden de GUILLERMO RODRIGUEZ sobre la consecución de dichas pólizas.

Así, y luego de exponer las conclusiones de la Delegatura, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** solicita que se le aplique el principio de igualdad con la exoneración de responsabilidad de **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA** de **PAVIANDINOS** sugerida por la Delegatura, pues se basa en los mismos elementos de desconocimiento de los hechos aquí sugeridos. De igual modo, recuerda que la misma Delegatura sostiene que la capacidad que tiene una persona natural para influir en la conducta prohibida de una persona natural, no depende de su capacidad de comprometer a la sociedad, sino de su actuar real.

Por otra parte, y respecto a la culpabilidad que se le puede imputar, el interviniente manifiesta que como lo ha sostenido el Consejo de Estado²⁶ está proscrita la responsabilidad objetiva en las normas de competencia. Motivo por el cual, es necesario identificar la disposición volitiva del agente al momento de desplegar la conducta, argumento ausente en el análisis de la Delegatura.

²⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de enero de 2010, M.P. Maria Claudia Rojas Lasso.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

5.3.2.3. Caducidad

Sostiene que en ninguna parte del Informe Motivado se hace referencia a la alegada aplicación del principio de favorabilidad, ya que para **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** el "último acto" de la conducta reprochada sería la presentación de propuesta, que pese a ser entregada en vigencia de la norma que establecía la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC** en 5 años, debió ser tenido en cuenta el término de 3 años vigente al momento de abrirse el proceso. Por lo anterior, ya habría operado la caducidad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia.

5.3.2.4. Doctrina probable

JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO llega a 5 conclusiones en virtud de la doctrina probable y confianza legítima que se aplica en materia de colusiones: (i) son elementos de la colusión en licitaciones la bilateralidad y la manifestación externa del acuerdo; (ii) la colusión implica la intención de dañar a un tercero; (iii) las pruebas en materia de colusión deben ser analizadas en forma conjunta; (iv) se debe aplicar la presunción de inocencia en favor de los investigados en caso de duda; y (v) la principal causa de apertura de investigaciones por colusión se debe a la existencia de coincidencias no fundamentadas en la formulación de las propuestas.

5.3.2.5. Petición

Solicita la aplicación del principio de igualdad sobre la base de que una persona natural fue excluida de sanción por los mismos motivos argüidos en el escrito, y por ello, pide ser exonerado de cualquier tipo de responsabilidad.

5.3.2.6. Nulidades

Si bien **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** no solicita nulidad alguna, en su escrito de observaciones presenta 4 violaciones al derecho de defensa que en su concepto, no han sido resueltas o subsanadas con el Informe Motivado.

En primer lugar, alega que se le vulneró el derecho de defensa en cuanto solicitó copia de las diligencias de interrogatorio dentro del trámite, y que pese a haber aportado los CDs requeridos por la **SIC**, nunca se le enviaron de vuelta.

En segundo lugar, sostiene que se practicaron pruebas sin que el acto administrativo que las decretó estuviera en firme, pues el Acto es uno sólo y al recurrirse la negativa, se afectó el decreto.

En tercer lugar, manifiesta que se negaron testimonios y que presentadas las nulidades respectivas, se sustentó tal decisión en una sentencia revocada por el Consejo de Estado dentro del trámite de tutela. Por lo que al soportarse en la decisión de un tercero, y esta decisión haber sido revocada, no quedaron resueltas de fondo las nulidades presentadas.

Por último, alega que se negaron los peritajes con base en la experticia de la Entidad, pero nunca se atendieron los hechos que con ellos se querían demostrar, pues sólo se dedicaron responder variables y demostraciones que le interesaban a la Delegatura para sugerir las sanciones recomendadas.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

5.4. Observaciones presentadas por PAVIGAS y LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO

5.4.1. Observaciones al Informe Motivado

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-223 del 2 de septiembre de 2014, **PAVIGAS y LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO** exponen los siguientes argumentos respecto al Informe Motivado.

5.4.1.1. Caducidad

En primer lugar, sostienen los intervinientes que la fecha desde la que debe tomarse el tiempo para la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC** es el 15 de mayo de 2009, atendiendo a que, en su concepto, desde esa publicación en el **SECOP** se hace el llamado a la presunta comisión del *iter criminis* por parte de los investigados. Lo anterior, aunado a que en aplicación del principio de favorabilidad, la caducidad de la facultad sancionatoria debe ser de 3 años y no 5 como lo pretende la Delegatura.

5.4.1.2. Informe económico

Sostienen que **PAVIGAS** nunca conoció de la intención de **INCOEQUIPOS** de participar en la licitación y que de haber conocido tal intención, nunca habría buscado en esa sociedad las facilidades comunes que requirió. Así mismo, menciona que el hecho de que la oferta de **PAVIGAS** fuera alta y excluida por la **SIC** como la que "JAMAS (SIC) HUBIERA PODIDO GANAR", demuestra la buena fe de la sociedad, argumento esgrimido por ella desde el inicio frente al **INVÍAS, FISCALÍA** y la **SIC**. De igual forma, señala que se infiere de la oferta elevada de **PAVIGAS** que no pudo conocer las ofertas de lo demás investigados, y tampoco conoció que **SAHO** iba a presentar una oferta tan baja.

Agrega **PAVIGAS** que se omitió por parte el informe económico el escenario en el que **SAHO** hubiera propuesto una oferta más alta. Por lo anterior, se omitió, en su concepto, la elaboración de otra hipótesis diferente que descartaría la colusión.

5.4.1.3. Cadena de custodia

Recalca que se tiene como base de la actuación una prueba documental cuya cadena de custodia fue rota, por lo que no pudo haberse utilizado para practicar los interrogatorios de parte que llevó a cabo la **SIC**. Para **PAVIGAS y LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO** "[n]o basta con manifestar en el informe motivado que se excluye una o dos pruebas o lo que en el sentir jurídico de la **SIC** fuera el afectado, cuando la indivisibilidad del documentos uno solo: LA OFERTA DEL CONTRATISTA, si esta (sic) afectada una parte lo esta (sic) todo, la prueba documental no puede ser parcial en este evento (...)"

Respecto de la tacha de los documentos tenidos como prueba, los intervinientes exponen que tal situación es improcedente en cuanto la tacha se predica del desconocimiento del documento mediante el examen de peritos idóneos con las particularidades que la prueba señala y cuyas consecuencias son económicas. En este sentido, plantean que de proceder la tacha podría haber un peculado por parte de la **SIC** causado en las sanciones económicas que genera.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Adicionalmente, sostiene que no hay relevancia en que la **FISCALÍA** haya dado validez a las pruebas obtenidas por ella, porque la valoración sobre la legalidad de la obtención probatoria en materia penal es del juez y no del ente administrativo. Por lo anterior, lo procedente para manifestar su inconformidad con los documentos obrantes en el expediente, era la nulidad supra legal con ocasión de la violación directa del debido proceso en la recaudación probatoria.

5.4.1.4. Aplicabilidad de una excepción

Insisten los intervinientes en que su actuar se desarrolló bajo la protección de la excepción establecida en el numeral 3 del Decreto 2153 de 1992, pues a su modo de ver, no pueden ser considerados como contrarios de la competencia los acuerdos que, como el mandato alegado, buscaban facilidades comunes para su participación.

5.4.1.5. Peticiones

Con base en lo anterior, **PAVIGAS** y **LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO** solicitan en primera medida: "[a]bstenerse de acoger la sugerencia o recomendación de la Delegatura proferida en contra". En segundo lugar, solicitan: "abstenerse de aplicar sanción alguna, cualquiera sea la índole".

En forma subsidiaria, solicitan en primer lugar: "DECRETAR QUE LA ACTUACION (SIC) DE LA SIC SE ENCUENTRA CADUCADA DADO QUE EN EL MOMENTO DE INICIARSE EL PROCESO LICITATORIO SE ENCONTRABA EN VIGENCIA UNA NORMA QUE ESTABLECIA (SIC) TRES AÑOS A PARTIR DE LOS HECHOS PARA LA OCURRENCIA DEL FENOMENO (SIC) Y QUE POSTERIORMENTE AL FINALIZAR EL PROCESO DE SELECCIÓN SE ENCONTRABA EN VIGENCIA NORMA QUE AUMENTABA EL TIEMPO A CINCO AÑOS CON BASE EN LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE LA FAVORABILIDAD, INSTITUTO CON RANGO CONSTITUCIONAL APLICABLE ACORDE CON JURISPRUDENCIA T DOCTRINA A EL (SIC) ORDENAMIENTO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO DE LA SIC". Como segunda subsidiaria, solicitaron que "PARA EL EVENTO EN QUE SE PROFIERA SANCION (SIC) ALGUNA EN CONTRA (...) SE APLIQUE LA DOSIMETRIA (SIC) EN LA REGULACIÓN DE ELLA ATENDIENDO LA CONDUCTA CONTRACTUAL DE PAVIGAS LTDA Y DE SU REPRESENTANTE EN EL PROCESO LICITATORIO , HABIDA CUENTA A (SIC) LA AUSENCIA DE ANTECEDENTES Y DE SER LA EMPRESA POR MAS (SIC) 20 AÑOS EN EL EJERCICIO DE LA INGENIERIA (SIC) GALA DE HONESTIDAD Y CUMPLIMIENTO Y QUE DICHA SANCION (SIC) SEA DE TIPO MORAL CON LLAMAMIENTO A NO INCURRIR EN PRACTICAS (SIC) SUJETAS A REPROCHE".

5.5. Observaciones presentadas por ESTYMA y GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO

5.5.1. Observaciones al Informe Motivado

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-222 del 2 de septiembre de 2014, **ESTYMA** y **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** exponen los siguientes argumentos respecto al Informe Motivado.

5.5.1.1. Consideraciones generales

Exponen los intervinientes que la **SIC** dejó muy claro en su Informe Motivado que **INCOEQUIPOS** orquestó el acuerdo colusorio y que **GISAICO** fue el beneficiario, y que **ESTYMA** podría enfrentar una sanción en razón de dos argumentos centrales: (i) que cuando tuvo conocimiento de la participación de **INCOEQUIPOS** en la licitación guardó silencio; y (ii)

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

que el análisis económico muestra que el comportamiento de los investigados fue racionalmente adecuado y óptimo en un escenario de colusión.

5.5.1.2. Sobre el silencio

Manifiestan los intervinientes que no es posible otorgar a unos indicios el valor de prueba determinante para demostrar hechos ocultos o psíquicos, y por lo anterior, desvirtúan las conclusiones a las que llegó la Delegatura a partir de la ausencia de denuncia de **ESTYMA** frente al actuar de **INCOEQUIPOS**. Lo anterior, sustentados en los siguientes argumentos: (i) existía un acuerdo entre **ESTYMA** e **INCOEQUIPOS** para que este último colaborara con la conformación formal de la oferta del primero, incluyendo el armado y entrega de la oferta; (ii) estas dos empresas han tenido relaciones comerciales desde 1996; (iii) no conocían a **GISAICO** ni **PAVIGAS**; (iv) existía una amistad entre los representantes legales de **INCOEQUIPOS** y **ESTYMA**; (v) pese a que **INCOEQUIPOS** pudo conocer las ofertas de los otros tres proponentes no quedó en primer lugar de la selección.

Por lo anterior, se está recomendando sancionar a **ESTYMA** con base en un silencio del que tiene derecho sobre un acuerdo lícito. De esta forma, y ante la imposibilidad de la Delegatura de demostrar la participación activa de **ESTYMA**, llega a conclusiones a través de un camino vedado: la omisión. Para ilustrar lo anterior, los intervinientes aplican teorías del derecho penal para sostener que *"quien guarda silencio frente a un homicidio no por ello se convierte de facto en partícipe del injusto penal realizado por otro y que ese silencio no debería hacer las veces de prueba de la existencia de un acuerdo criminal justamente porque nada dice de ello"*.

Por lo anterior, concluye que no existe prueba de un acuerdo entre **INCOEQUIPOS** y **ESTYMA** con fines colusorios, y en tanto no es posible aplicar una responsabilidad objetiva a **ESTYMA** por haber omitido denunciar una conducta de colusión que no conocía entre **INCOEQUIPOS** y los demás investigados, no puede ser sancionado por una colusión que no se ha demostrado.

*5.5.1.3. Sobre el carácter complementario de las propuestas económicas frente a **GISAICO***

Los intervinientes sostienen que las conclusiones de complementariedad de las ofertas económicas argüida por la Delegatura son infundadas dado que de haberse acogido las observaciones de la SOCIEDAD NARIÑENSE DE INGENIEROS y HERNÁN FAJARDO BOLAÑOS sobre la revisión de los precios unitarios y el AIU, las ofertas presentadas por los investigados hubieran estado en el 86.04%, 86.91%, 87.85% y 89.16%, valores inferiores al 90% del presupuesto oficial resultante.

Por lo anterior, concluyen que es evidente que hay una oferta totalmente desfasada por lo bajo (**SAHO**), constituyéndose en una oferta temeraria y peligrosa para el Estado y el mismo contratista. Adicionalmente, manifiestan que la oferta de **ESTYMA** fue responsable y competitiva, y se debió a la cotización de **INCOEQUIPOS** para el suministro de los materiales cerca de la zona de la obra, lo que le permitió a **ESTYMA** hacer una oferta apropiada al ajustado presupuesto oficial.

Como sustento de lo anterior, **ESTYMA** expone que el proceso posterior (SA-SGT-GPD-054-2010) que se celebró por la declaración de desierto de la licitación que nos ocupa, y cuyos precios estaban 2.8% más altos que los del proceso que no ocupa, tuvo 12 oferentes y sólo 5 admitidos, los cuales presentaron propuestas económicas del 89.23%, 98.42%, 93.58%,

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

95.75% y 97.16%, en general, ofertas más altas a las del proceso sub examine pese al aumento del presupuesto.

Con lo anterior, se demuestra la inexistencia de un acuerdo colusorio para defraudar al Estado o aumentar los precios o disminuir la calidad de los servicios prestados, pues el proceso siguiente adjudicó el contrato a una oferta similar a la de **GISAICO**, *mutatis mutandi* los valores del presupuesto oficial.

Aunado a lo anterior, exponen el caso del proceso LP-SGT-GPD-011-2011 donde de las 9 ofertas presentadas 8 están por encima del 94.73%. Lo anterior, en su concepto, corroborando su posición de inexistencia de intención defraudadora al estado a través de los valores ofrecidos por los investigados en 2009.

Así mismo, y basados en el hecho de que de haberse habilitado la oferta de **GALERAS**, ese proponente hubiera resultado adjudicatario, sostienen los intervinientes que el informe económico de la Delegatura únicamente se limitó a demostrar los puntos que pretendía vislumbrar la Superintendencia, pero no a establecer todos los escenarios posibles.

Adicionalmente, argumentan los intervinientes que bajo la línea argumentativa de la Delegatura, todas las ofertas dentro de un proceso son complementarias porque suben o bajan los promedios para que otro gane, y lo anterior no implica un acuerdo colusorio.

5.5.1.4. Ausencia de tipicidad

Manifiestan **ESTYMA** y **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** que no resulta aplicable el concepto de paralelismo consiente para la tipificación de la conducta de **ESTYMA** y su representante. Lo anterior, en cuanto ese escenario propicio para colusión tiene justificación *"en un engaño o artificio promovido por uno de los proponentes con la intención de obtener alguna ventaja en el proceso licitatorio, así como el silencio o la omisión de denunciar estos hechos se explica, lapidariamente, por el ejercicio de un derecho"*.

Por lo anterior, no *"podría reprochársele a ESTYMA, en la lógica de una colusión, celebrar contratos con otras empresas en procura de facilitar su trabajo de cara a la presentación de una licitación, práctica que es a todas luces legal, porque no existe prohibición expresa en ese sentido, y absolutamente usual y aceptada en el mundo de las licitaciones"*.

Por lo anterior, sostienen que al no existir acuerdo con objeto colusor sino simplemente colaborativo a través de facilidades comunes para la presentación de una propuesta, mal podría aseverarse que existe una conducta típica sancionable.

5.5.1.5. Sobre la culpabilidad

En su concepto, **ESTYMA** indica que se le está asignando una responsabilidad objetiva a través de una posición de garante, ya que el juicio de reproche se sostiene básicamente en que el silencio no evitó que el resultado se materializara.

Así mismo, y como segundo elemento resaltado por los intervinientes respecto del análisis de culpabilidad de la Delegatura, **ESTYMA** manifiesta que el único elemento volitivo que se le endilga es el de un silencio intencional.

Como soporte de lo anterior, los intervinientes expresan que no es posible atribuir una responsabilidad con base en imprudencia, pues es necesaria la voluntad expresa de acordar

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

la realización de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a restringir la competencia. Por esto, es necesario que se demuestre la conducta dolosa del agente que se sanciona.

5.5.1.6. *Peticiones*

Con base en lo anterior, **ESTYMA** y **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** solicitan que: *“se emita decisión en el sentido de señalar que de la conducta (...) no se puede deducir afectación alguna al derecho a la libertad de competencia y por tanto, no debe ser sancionada”*.

5.6. Observaciones presentadas por PAVIANDINOS y MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCÍA

5.6.1. Observaciones al Informe Motivado

Por medio de documento radicado con el No. 12-174085-226 del 5 de septiembre de 2014, **PAVIANDINOS** y **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCÍA** solicitan al Despacho acoger íntegramente la recomendación dada por la Delegatura respecto de la ausencia de responsabilidad de ellos en los hechos reprochados, y por ende, solicitan el archivo de la investigación a su favor.

SEXTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el día 12 de diciembre de 2014 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia del Superintendente de Industria y Comercio, el cual recomendó sancionar a **PAVIGAS S.A.S.**, **GISAICO S.A.**, **ESTYMA S.A.** e **INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A.**, así como sus respectivas personas naturales vinculadas en la investigación, al haber incurrido en un acuerdo con objeto colusorio que se traduce en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**.

SÉPTIMO: De acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura de sancionar a los investigados, salvo a **PAVIANDINOS** y **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCÍA** por la infracción a lo previsto en el numeral 9 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Antes de analizar el fondo del asunto, el Despacho se pronunciará sobre el recurso de reposición interpuesto por **INCOEQUIPOS** en contra del Informe Motivado, así como sobre las nulidades alegadas por algunos de los investigados. Acto seguido, se estudiarán las observaciones presentadas al Informe Motivado para llegar a la atribución de responsabilidades, dosificación de las sanciones y decisión final.

7.1. De la improcedencia de recursos contra el informe motivado

Procede este Despacho al rechazo del recurso de reposición impetrado por **INCOEQUIPOS** en contra del Informe Motivado expedido por la Delegatura, por cuanto es absolutamente claro que dicho recurso no procede contra actos que la ley considera de trámite.

Establece el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 que *“[p]ara efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas”*.

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

En estos términos, dentro de los actos de trámite que se expiden en desarrollo de los procesos administrativos por prácticas restrictivas de la competencia, la Ley sólo considera que son recurribles aquellos que niegan pruebas solicitadas de parte. Consecuentemente, tanto el informe motivado como la decisión sobre las nulidades alegadas son actos de trámite que no están cobijados por los efectos impugnatorios que el artículo 20 citado le atribuye a la negativa de pruebas. Por ende, contra ellos no procede recurso alguno.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho rechazará por improcedentes tanto el recurso de reposición presentado por **INCOEQUIPOS**, como los recursos que han sido presentados en contra de los actos administrativos que a lo largo del proceso decidieron las múltiples nulidades presentadas por los investigados.

7.2. Sobre las nulidades planteadas

Si bien la totalidad de las nulidades alegadas durante la etapa instructiva del presente trámite fueron resueltas por la Delegatura en el Informe Motivado, los investigados volvieron a plantear, al menos en su mayoría, las mismas nulidades y con los mismos argumentos ofrecidos en su oportunidad.

A pesar de que dicha conducta constituye una manifiesta estrategia dilatoria y contraria a la lealtad procesal, este Despacho se pronunciará frente a todas las solicitudes presentadas con las observaciones al Informe Motivado, en los siguientes términos.

7.2.1. Sobre la negativa de testimonios

Sobre la negativa a decretar la práctica de testimonios de los investigados dentro del trámite, este Despacho comparte las afirmaciones sostenidas por la Delegatura a lo largo de la etapa instructiva y en el Informe Motivado.

Como lo expuso la Delegatura en su Resolución No. 59144 de 2013²⁷, mediante la cual resolvió los recursos de reposición presentados frente a la negativa probatoria, el testimonio es un medio de prueba cuya naturaleza se predica de la posibilidad de oír, en declaración, a personas **ajenas al litigio** para que por medio de su narrativa aclaren, confirmen o establezcan hechos que le interesan al proceso. Por lo anterior, ese medio de prueba se ubica en el capítulo IV – sección tercera, título XIII del C.P.C., que se refiere a declaración de sujetos en condición de tercero.

Consecuentemente, para este Despacho el hecho de que la relación procesal entre los investigados sea independiente frente a la administración, y que cada uno maneje su propia línea de defensa jurídica frente a la Superintendencia, no puede ser óbice para que se omita que al estar siendo investigados por un presunto acuerdo anticompetitivo, todos tengan interés directo en el trámite administrativo y no puedan ser considerados como terceros ajenos al mismo.

Por lo expuesto, y atendiendo a que todos los medios probatorios del C.P.C. son recurribles para adelantar el debate probatorio en este tipo de trámites, el medio idóneo para oír la declaración de un investigado dentro de este trámite administrativo es la declaración de parte, no el testimonio.

²⁷ Folios 3036 a 3037 del cuaderno No. 15 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Así, no pueden pretender los investigados que la solicitud de oír a una parte en la investigación de la **SIC**, se haga por medio del testimonio, y que ello sea un asunto netamente formal, pues de reconocer hechos perjudiciales en su declaración no podrían ser utilizadas, ya que su figura jurídica probatoria es la confesión. Por lo anterior, es sustancial el hecho de solicitar adecuadamente la declaración de una persona dentro de un trámite por el medio idóneo, no meramente formal, pues de la falencia del mismo se predica la ineficacia de la prueba.

En cuanto al interrogatorio de parte, debe reconocerse que este medio para llegar a una prueba alimenta la Litis desde dos ópticas: (i) como confesión, al hacerse reconocimiento libre de hechos perjudiciales; y (ii) como declaración de parte al referirse a otros hechos que no resultan perjudiciales para quien la expone. Con todo esto, es posible que un investigado solicite el interrogatorio de otro investigado para que por medio de él, obtenga una declaración en la que reconozca hechos que le sirven a su defensa tanto por vía de la confesión libre, como por medio de la simple declaración de parte.

Ahora bien, respecto a los argumentos esgrimidos sobre el hecho de haberse citado una decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia que fue revocada por el Concejo de Estado, es necesario mencionar dos asuntos: (i) la revocatoria del Consejo de Estado se dio por la improcedencia de la tutela y no por el contenido de las afirmaciones; y (ii) la citación de la jurisprudencia se hizo como confirmación de los argumentos ya esgrimidos por la **SIC**, y no como base jurídica de sus decisiones.

No puede desconocerse que el motivo de la revocatoria tiene un valor significativo en el presente caso, pues lo que revoca el Consejo de Estado no es la noción jurídica adoptada por el Tribunal sobre la Tutela presentada por **GISAICO**; sino que simplemente declaró la improcedencia del uso de este mecanismo de ultima ratio para resolver las pretensiones de este investigado.

Con lo dicho, no se elimina el valor jurídico de las apreciaciones del Tribunal Administrativo que resultan a su vez coincidentes con la postura de esta Entidad, las cuales pese a no existir en el mundo jurídico por revocarse la tutela por improcedente, no fueron controvertidas o descartadas por la Alta Corte.

En segundo lugar, no es predicable el decaimiento del sustento jurídico de las explicaciones dadas por la Delegatura sobre este asunto por la revocatoria de la sentencia mencionada, pues a misma cumplía una función de consolidar una tesis ya expuesta por parte de esta Entidad y no de constituir el argumento en sí mismo como fuente de derecho.

Ahora bien, llama poderosamente la atención de este Despacho que **INCOEQUIPOS** alegue una nulidad por no haberse decretado los testimonios que solicitó, cuando ni siquiera interpuso recurso de reposición contra esa decisión, pretendiendo subsanar su falencia de no recurrir la decisión por medio de otros instrumentos jurídicos, como puede ser la nulidad.

7.2.2. Sobre el rechazo de la prueba pericial económica

De cara a la negativa a decretar la práctica de un peritaje económico solicitado por los investigados dentro del trámite, este Despacho también comparte las afirmaciones de la Delegatura a lo largo de la etapa instructiva y su respectivo Informe Motivado. Acudiendo a lo expuesto en la Resolución No. 59144 de 2013 ya mencionada, la Delegatura sostuvo que:

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

"Respecto de la procedencia del dictamen pericial, el Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 233 lo siguiente:

"PROCEDENCIA DE LA PERITACIÓN. *La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. (...)"* (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la procedencia del dictamen pericial radica no solo en la necesidad de verificar una serie de hechos que interesan al proceso, sino que dicho acontecimientos requieran de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Lo anterior busca que el juez pueda comprender materias que escapan a su conocimiento profesional; por ello, y atendiendo a que en sede judicial los jueces tiene conocimientos exclusivamente en derecho, en sede judicial no es admisible una prueba pericial en derecho, salvo que la materia jurídica requiera tal experticia que no pueda ser comprendida por el juez.

*En virtud de lo anterior, la prueba pericial entra en la escena probatoria con una doble vocación: por una parte como pieza pertinente del acervo probatorio; y por otra como herramienta del juez para comprender materias fuera de su conocimiento. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-124 del 1 de marzo de 2011, con ponencia del Magistrado **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**:*

"La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí (sic) mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Por lo anterior, hace parte de la naturaleza jurídica misma de este medio probatorio que el juez, por su naturaleza, no tenga el conocimiento experto y técnico respecto a la materia sobre la cual se pretende la prueba.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la Delegatura para la Protección de la Competencia cuenta con economistas expertos en el análisis económico de las prácticas restrictivas de la competencia que se investigan, dentro de la que se encuentra la de elaboración de escenarios hipotéticos respecto a los procesos de contratación adelantados por el Estado, no es posible el decreto de un perito para analizar las mismas materias que el juez, en este caso la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, domina por su conocimiento científico y técnico. Por consiguiente, esta Delegatura no accede a la solicitud de revocatoria presentada²⁸.

Es claro para este Despacho que la naturaleza técnica de esta entidad, y la materia económica sobre la que se litiga en este tipo de trámites, hacen del análisis económico de las conductas un insumo esencial en la propuesta conceptual del Superintendente Delegado en su Informe Motivado.

Por lo anterior, es erróneo el entendimiento que los investigados hicieron de la negativa probatoria, pues la Delegatura fue muy clara en informar que se negaba la prueba por el

²⁸ Folios 3037 a 3038 del Cuaderno No. 15 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

conocimiento técnico que sobre la materia en que se solicitaba la prueba tiene la entidad, es decir el juez. Consecuentemente, no forma este análisis económico del Informe Motivado un peritaje económico decretado de oficio, y consecuentemente, no le son aplicables los conceptos pretendidos por los investigados para interactuar jurídicamente con informes de esa naturaleza.

Es de mencionar que lo anterior no compone, ni mucho menos, una vulneración al derecho de contradicción y oposición de los investigados, pues éstos tienen la posibilidad de presentar sus propios análisis económicos y ofrecer, tanto jurídica como económicamente, las explicaciones y argumentos que consideren pertinentes para el correcto ejercicio de su derecho defensa.

Por último, tampoco es cierto que la Delegatura no haya permitido a los investigados conocer los insumos sobre los que construyó su análisis económico, pues al igual que los demás argumentos contenidos en el Informe Motivado, los mismos son producto del procesamiento lógico y juicios que los funcionarios de la Delegatura hicieron sobre los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, los cuales, estuvieron, están y estarán a disposición de los investigados para el ejercicio de su defensa técnica.

Por lo mencionado, no tienen vocación de prosperar las nulidades y observaciones presentadas respecto a la posible vulneración del derecho de contradicción, la omisión del procedimiento legal de la práctica de un dictamen pericial, el ocultamiento de información empleada como insumo para la elaboración del análisis económico, ni las solicitudes de complementación al análisis económico del Informe Motivado.

7.2.3. Sobre la práctica de pruebas sin Acto Administrativo en firme

Respecto de la propuesta nulidad por haberse adelantado la práctica probatoria cuando el acto administrativo que la decretaba no estaba en firme, este Despacho comparte las respuestas dadas por la Delegatura a los investigados, por los siguientes motivos.

Si bien el Acto Administrativo por medio del cual se decretaron y negaron pruebas estaba contenido en un sólo documento, los efectos de las decisiones que se adoptan en este tipo de resoluciones no pueden transgredir la naturaleza jurídica de las mismas y las excepciones legales sobre ellas. Es decir, como se expuso al tratar la improcedencia del recurso de reposición presentado frente al Informe Motivado, el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 reconoce que la única decisión de trámite susceptible de recurso de reposición es la negativa de pruebas, sin que por el hecho de estar contenido en un mismo documento con otro tipo de disposiciones sobre las cuales no procede recurso, estas últimas pasen a ser impugnables y no surtan efectos inmediatos.

Tan cierto es lo anterior que la Delegatura señaló en la Resolución No. 43357 del 26 de julio de 2013, mediante la cual se decretaron algunas pruebas y se negaron otras, que sólo el artículo tercero era susceptible de recurso, así:

“ARTÍCULO TERCERO: NEGAR la práctica de las siguientes pruebas conforme con los principios señalados en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.).

(...)

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

ARTÍCULO QUINTO: *Contra la presente Resolución, por ser un acto de trámite, no proceden recursos con excepción a lo señalado en el **ARTÍCULO TERCERO** de su parte resolutive, respecto del cual procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009²⁹.*

De esta forma, todas las órdenes dadas en la Resolución 43357 de 2013 estaban en firme, salvo aquellas sobre las cuales procedía recurso, es decir, aquellas que versaban sobre la negativa de pruebas.

Lo anterior no sólo resultaba claro en la Resolución, sino que con tal precisión fue entendido por los recurrentes. Basta con mirar los términos empleados por ellos en sus respectivos recursos para identificar la certeza que tenían de que los mismos aplicaban parcialmente a la resolución en mención, a saber; el primer recurso expresó: "... [E]sta parte interpone recurso de reposición en contra de la decisión del asunto, en lo que tiene que ver con la decisión contenida en el **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución..."³⁰; y en el segundo recurso se afirmó: "... [P]resento recurso de reposición y en subsidio apelación, en los términos concedidos en la ley, contra la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio de rechazar algunas de las pruebas solicitadas..."³¹ (Subrayados y negrillas fuera del texto).

En consecuencia, si bien se trata de un sólo Acto Administrativo, el mismo contiene decisiones de naturaleza jurídica idéntica pero con consecuencias jurídicas disímiles. Así, pese a tratarse de dos decisiones diferentes de trámite, la ley revisió a una de ellos con la procedencia impugnatoria, sin que se permita hacer extensible los efectos de tal condición a los demás actos de trámite decididos en la resolución, los cuales por esa razón se encuentran en firme desde su misma notificación. La única decisión que se mantuvo en suspenso con la Resolución No. 43357 de 2013 fue la negativa de pruebas, sobre la cual procede el recurso de reposición; no las demás que quedaron en firme desde el momento mismo de la decisión, ya que frente a ellas no procedía impugnación alguna, como bien lo entendieron los investigados.

De esta forma, el decreto de pruebas que sustentó la práctica probatoria en la etapa instructiva quedó en firme desde el mismo momento en que se notificó la resolución, esto es, con anterioridad a practicar las pruebas decretadas. Por el contrario, la decisión de rechazar algunas pruebas solicitadas por los investigados se mantuvo suspendida, para quienes recurrieron la decisión, hasta tanto se comunicó la resolución que resolvió los recursos presentados por los afectados con la negativa.

Por los motivos expuestos, este Despacho rechaza las afirmaciones presentadas por los investigados, respecto de que la práctica de pruebas en la etapa instructiva del presente trámite se haya adelantado con ocasión de un acto administrativo cuya firmeza se encontraba suspendida.

²⁹ Folios 2747 a 2749 del Cuaderno No. 14 del Expediente.

³⁰ Folio 2761 del Cuaderno No. 14 del Expediente.

³¹ Folio 2833 del Cuaderno No. 15 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

7.2.4. Sobre la interrupción del traslado del Informe Motivado

Sobre este particular, y atendiendo a que en párrafos anteriores ya se explicó la improcedencia de recursos sobre el Informe Motivado o la decisión sobre nulidades, mal habría de considerarse que la interposición temeraria de un recurso sobre este tipo de acto de trámite no impugnables pueda tener efectos, ni suspensivos ni interruptores, sobre los términos legales otorgados para la presentación de observaciones al Informe Motivado.

7.2.5. No entrega de copias solicitadas por JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO

Una vez revisado el sistema de trámites interno de esta Entidad, el Despacho pudo evidenciar que la solicitud de copias **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** sobre los interrogatorios adelantados en el presente trámite, fue atendida favorablemente invitando a la apoderada del solicitante a recoger dichas copias en el área de atención al ciudadano de esta Entidad. Consecuentemente, no resulta procedente la declaratoria de nulidad solicitada por la presunta violación del derecho de defensa.

En un primer momento, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** solicitó a esta entidad, mediante comunicación del 17 de diciembre de 2013³², copias de los audios de todos y cada uno de los interrogatorios de parte de los demás investigados dentro del proceso. Es de mencionar, que en dicha comunicación no informa ninguna dirección para la remisión de la respuesta.

Ante dicha solicitud, esta Superintendencia informó a la apoderada de **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**, mediante comunicación del 26 de diciembre de 2013³³, que su solicitud fue aprobada y por ello debería aportar un total de 9 CDs con el fin de que le fueran grabados los audios. Esta comunicación se envió la dirección que constaba en el sistema de la **SIC**, en cuanto no había informado de alguna dirección para tal fin en su solicitud inicial.

Así las cosas, la apoderada de **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** solicita, por medio de comunicación del 27 de febrero de 2014³⁴, que se le dé respuesta a la solicitud del 17 de diciembre del año anterior, indicando una dirección para tal efecto.

En atención a dicha comunicación, la **SIC** remitió nuevamente la aprobación de copias y solicitud de CDs a la dirección aportada, mediante comunicación del 4 de marzo de 2014³⁵, dando alcance a la comunicación del 26 de diciembre del año anterior.

Ante la nueva remisión, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** aportó los medios requeridos por medio de comunicación del 14 de marzo de 2014³⁶, solicitando que se le informara cuando podría recoger los medios aportados con la información ya grabada.

³² Radicada con No. 13-294143-0.

³³ Radicada con No. 13-294143-3.

³⁴ Radicada con No. 14-41327-0.

³⁵ Radicada con No. 13-294143-4.

³⁶ Radicada con No. 13-294143-5.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Posteriormente, la **SIC** contestó la última comunicación mediante documento del 20 de marzo de 2014³⁷, informándole a la apoderada de **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** a partir de la fecha podía acercarse al área de atención al ciudadano a recoger los medios solicitados.

Además de que los hechos no dan la razón al solicitante, es importante tener en cuenta que el Informe Motivado en la presente investigación fue emitido el 31 de julio de 2014, por lo que no es posible que con el cruce de comunicaciones expuesto se haya causado un daño material al derecho de defensa que podía ejercerse sobre este Informe, en la medida en que los interrogatorios reposaron todo el tiempo para consulta dentro del Expediente, el cual estuvo disponible al solicitante en las instalaciones de la **SIC**.

Por lo expuesto, no encuentra este Despacho argumentos para que **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** manifieste que se no se le dio respuesta a su solicitud de copias y que con ello se haya vulnerado su derecho de defensa.

7.3. Mercado Relevante

Acogiendo la consideración de la Delegatura sobre el Mercado Relevante afectado con las conductas investigadas en el presente trámite, este Despacho considera que pese a que en materia de protección de la competencia se ha definido tradicionalmente el mercado relevante como una composición de un factor geográfico y otro en razón del producto, en materia de colusiones dicha forma de identificación dual del mercado queda relegada a la consideración de que todo proceso de selección contractual público configura un mercado relevante propio.

Como se expuso en el Informe Motivado, la primera particularidad que tiene este tipo de mercados *"se refiere a la singularidad del conjunto de agentes que componen el segmento de demanda en estos mercados, pues como es evidente en dicho segmento, el Estado actúa como único demandante del bien o servicio pretendido para satisfacer alguna necesidad pública"*. Así las cosas, la demanda en este mercado está formada por *"la cantidad del bien o servicio a satisfacer es única e invariable, pues surge de una necesidad puntual y específica que se debe satisfacer tal cual se encuentra establecida en los documentos oficiales del proceso y no está determinada por las cantidades ni calidades diferentes a las contempladas inicialmente"*. Como consecuencia de esto, la demanda en este mercado surge de la justificación y necesidad concreta del objeto de la licitación.

Otra característica de este tipo de mercados es su calidad de *"temporal, pues nace con la intención de la entidad contratante y termina con la liquidación del contrato en que deviene o su terminación anormalmente, sin que se presente ánimo alguno de permanencia"*.

En estos términos, el mercado puesto en peligro en el presente caso se circunscribe a la Licitación Pública No. **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INVÍAS**, el cual nace de la necesidad del Estado y frente al cual se pudieron haber presentado acuerdos restrictivos de la competencia, tal y como se manifestó en la Apertura de la investigación que se formuló en la resolución No. 61530 de 2012.

³⁷ Radicada con No. 13-294143-7.

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

7.4. De las conductas Imputadas

Por medio de la Resolución de Apertura de investigación, la Delegatura imputó a las personas jurídicas investigadas la presunta comisión de las conductas restrictivas de las competencias consagradas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en desarrollo de la Licitación Pública No. **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INVÍAS**.

En el mismo acto, se imputó a las personas naturales investigadas por la posible colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de las conductas imputadas a las respectivas personas jurídicas investigadas.

7.4.1. Artículo 1 de la Ley 155 de 1959

El primer cargo imputado en la apertura de investigación se circunscribe a la posible vulneración de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual establece lo siguiente:

“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, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.” (Subrayado fuera de texto).

Sobre esta prohibición general, la Superintendencia ha definido³⁸, que existen tres diferentes conductas reprochadas en su cuerpo normativo, las cuales gozan de plena independencia atendiendo a las finalidades autónomas que persigue la ley con cada una de ellas.

Como primera medida, se prohíben 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, con el fin de evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y por ende haya un incremento de precios.

Y en segundo lugar, y en consonancia con la prohibición anterior, la norma prohíbe en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a: (i) limitar la libre competencia; o (ii) mantener o determinar precios inequitativos.

Para el presente caso las conductas desplegadas por los investigados se contienen en la práctica o sistema tendiente a limitar la competencia.

7.4.2. Numeral 9 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

Como desarrollo de los fines que tienen las normas sobre protección de la competencia en todos los mercados nacionales, el Decreto 2153 de 1992 establece en el numeral 9 del

³⁸ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 37790 de 2011 y Resolución 53403 de 2013.

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

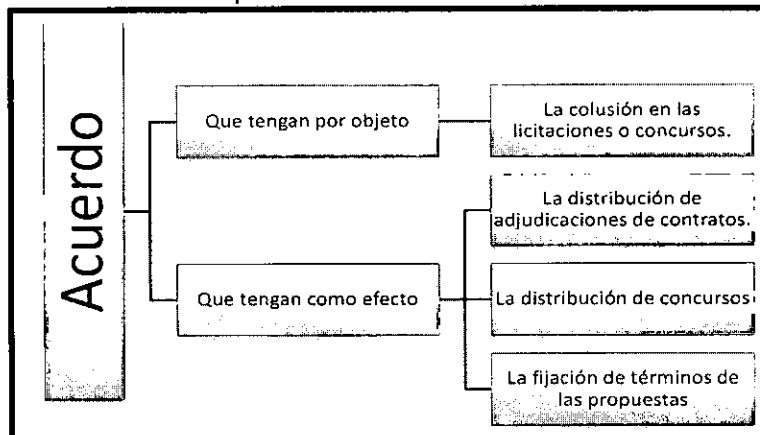
VERSIÓN ÚNICA

artículo 47 que se consideran como acuerdos contrarios a la libre competencia aquellos acuerdos que:

“tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”

Sobre esta conducta en particular, resulta pertinente para este Despacho traer a colación la gráfica explicativa de la conducta expuesta por la Delegatura en su Informe Motivado.

Diagrama No. 1 Descripción de la conducta de colusión en licitaciones



Fuente: Elaboración SIC contenida en la página 88 del Informe Motivado.

Como se evidencia del cuadro expuesto, la conducta conocida como acuerdo colusivo en procesos de selección se define desde el objeto y el efecto, o en otras palabras, desde la potencialidad de ocasionar el daño –tipo de peligro- o la afectación materializada.

Así, cuando la conducta se sanciona por objeto, el tipo administrativo simplemente define como sancionable la potencialidad abstracta que una conducta tiene de afectar el bien jurídico tutelado por medio de la colusión.

En contraposición, cuando la sanción se predica desde el efecto materializado, se persiguen 3 situaciones fácticas diferentes: (i) la distribución de adjudicaciones de contratos; (ii) la distribución de concursos; o (iii) la fijación de términos de las propuestas.

El fin de esta norma se dirige a reprochar y sancionar eventos en que los oferentes coluden para distorsionar un proceso de selección, pues la adjudicación del contrato no sería el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia. Como lo expuso la Delegatura, *“esta práctica en una de las principales vías de defraudación al Estado. Esta conducta se conoce en la doctrina con el nombre de “colusión entre oferentes en procesos de contratación estatal”, o por sus expresiones en inglés de “bid rigging” o “collusive tendering”. Este actuar contrario a la ley se produce cuando empresas, que en ausencia de dicho acuerdo **habrían competido sin compartir información entre sí**, se ponen de acuerdo para elevar los precios, disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos o aumentar sus oportunidades de resultar beneficiados con la adjudicación del contrato a uno de los agentes en colusión”*. (Negritas fuera de texto)

Ahora bien, independientemente de que el tipo administrativo hace parte de la normatividad aplicable a conductas restrictivas de la competencia, esta conducta debe interpretarse en

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 73

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

relación con el régimen colombiano de contratación estatal y los objetivos que éste persigue en procesos licitatorios como el concerniente a este informe, que como lo estableció la Delegatura, es señalado por la doctrina en los siguientes términos:

*"(...) la licitación pública es un procedimiento de **selección objetiva** de contratistas por medio de la cual las entidades estatales formulan de manera pública una convocatoria a indeterminados, para que en **igualdad de oportunidades** los interesados presenten sus ofertas y se seleccione de entre ellas la que objetivamente sea más favorable³⁹".*
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

Por lo anterior, no es objetiva la selección del contratista cuando se restringe indebidamente la competencia, pues la elección va a realizarse en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes participantes no van a rivalizar y la Entidad contratante escogerá la propuesta que artificialmente se construyó para ella y no aquella que el libre mercado le ofrece.

Para el caso que nos ocupa, y atendiendo a que los efectos de la conducta reprochada no se pudieron materializar por la declaratoria de desierta de la licitación, el tipo imputable a los investigados se limita a la colusión por objeto.

7.4.3. Numeral 16 del Artículo 4 del Decreto 2153 de 1992

De conformidad con el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁴⁰, es función del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, multas hasta por un equivalente a dos mil (2.000) SMLMV al momento de la imposición de la sanción.

Así las cosas, y atendiendo a la prohibición que se establece en cabeza de quien colabore, tolere, ejecute o facilite conducta anticompetitiva, el origen de la sanción para una persona puede originarse tanto en un hecho positivo (i.e. acción) como en un hecho negativo (i.e. omisión).

En este reproche que se desprende de la norma citada, lo que se castiga es la colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de la conducta restrictiva que adelanta un agente en el mercado; o para el caso particular, un proponente. Así, la responsabilidad de la persona puede derivarse de múltiples comportamientos expresados en los citados verbos rectores contemplados en la norma, los cuales producen el mismo tipo de responsabilidad sin importar en qué verbo rector se incurra. Lo anterior no excluye el juicio de proporcionalidad que se requiere para la dosificación de las respectivas sanciones en atención al grado de importancia de la conducta desplegada por la persona y su incidencia en la conducta reprochada a la persona jurídica o agente del mercado.

³⁹ MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ. *La nueva estrategia de los procesos selectivos en la contratación estatal: Análisis Integral*, Bogotá, Ed. Nueva Jurídica, 2009.

⁴⁰ "ARTÍCULO 3. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley."

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Ahora bien, atendiendo a que el sentido de las palabras contenidas en la ley debe ser el de su uso general o significado natural y obvio⁴¹, y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, colaborar significa *"trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra"*, es posible deducir que una conducta colaborativa implica un trabajo conjunto de varios sujetos con una misma finalidad en un determinado proyecto o labor.

Facilitar significa *"hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin"*. Lo anterior significa que el sujeto facilitador proporciona un cierto tipo de ayuda que, por su naturaleza, hace más cómoda o posible la realización de una determinada conducta o acción.

Autorizar significa *"dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo"*. Esta definición conlleva el otorgamiento de una potestad o permiso para la realización de una determinada acción.

Ejecutar significa *"poner por obra algo"*. La anterior definición consiste en que quien ejecuta es el sujeto activo de una acción que transforma la realidad material en un contexto específico. Así, la ejecución de la conducta se puede traducir en la realización o puesta en práctica de una determinada actividad o tarea.

Y por último, tolerar significa *"permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente"*. Así, el sujeto activo que tolera, está incurso en una conducta omisiva al condescender en el acaecimiento de un comportamiento calificado como ilegal, lo cual implica la aquiescencia o el beneplácito, por vía pasiva, respecto de tal comportamiento.

7.5. De las observaciones de los investigados

7.5.1. De la aplicación confianza legítima la permisión de mandatos entre competidores

Si bien se explicará más adelante por qué en este caso no existió un contrato de mandato entre las investigadas, incluso si se aceptara dicha tesis, para este Despacho no es posible aplicar analógicamente el antecedente administrativo citado por **INCOEQUIPOS** para argumentar una presunta confianza legítima que le asistía a la hora de celebrar los contratos de mandato alegados que le permitieron conocer los precios y ofertas de sus competidores.

En primer lugar, **INCOEQUIPOS** cita un precedente del año 2003, que de acuerdo con la Ley especial de protección de la competencia ni siquiera es doctrina probable generadora de confianza legítima dentro del régimen de competencia. En efecto, el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 señala:

Artículo 24. Doctrina Probable y Legítima Confianza. *La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable*

⁴¹ Artículo 28 de la Ley 57 de 1887: *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal"*.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 75

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Según la Ley de competencia, sólo tres decisiones ejecutoriadas frente a un mismo asunto constituyen doctrina probable. De esta forma, es errado afirmar, como lo hace **INCOEQUIPOS**, que derivado de la existencia de una decisión de 2006 –que ni siquiera es asimilable al caso concreto- concluyó que podía realizar un mandato para compartir precios y presentar ofertas conjuntas entre competidores.

Sobre lo que sí hay doctrina probable en esta Superintendencia, plasmada en numerosas Resoluciones, es frente a los acuerdos entre competidores y a las consecuencias de compartir información sensible entre ellos.⁴² Es esta doctrina la que, de aceptarse que efectivamente celebró un mandato –cosa que no es cierta- debió seguir **INCOEQUIPOS**. Dicha doctrina es clara en afirmar que los acuerdos que tengan por objeto o como efecto restringir la competencia están prohibidos, y que compartir información sobre precios futuros restringe la competencia, que fue lo que precisamente hicieron los investigados en este caso.

Por lo demás, incluso aceptando que la Resolución citada por **INCOEQUIPOS** constituye doctrina probable generadora de confianza legítima –cosa que es falsa-, dicho precedente no es en absoluto aplicable al caso concreto.

El antecedente citado por **INCOEQUIPOS** versa sobre una investigación administrativa que fue cerrada por garantías, en la cual se investigaba si POSTOBON S.A., GASEOSAS LUZ S.A. y PRODUCTOS QUAKER LTDA. habían omitido su deber de informar una integración empresarial a la SIC. En el presente caso, por el contrario, se investiga una presunta colusión en una licitación pública, cuestión que no tiene relación alguna con la conducta investigada por la SIC en la providencia citada por **INCOEQUIPOS**. Por lo anterior, las condiciones establecidas en el ofrecimiento de garantías para archivar el trámite administrativo citado por **INCOEQUIPOS** no pueden ser aplicadas analógicamente al caso que nos ocupa, pues la naturaleza del trámite investigado en ese entonces y el de ahora son disímiles en esencia.

Así mismo, la aceptación de garantías condicionadas se dio en un escenario en el que se pretendía conservar la independencia de un agente de mercado –QUAKER- respecto a otro –POSTOBON-, sin que se privara a QUAKER del acceso a los mercados que se le podía garantizar a través de las líneas de distribución de POSTOBON. Lo anterior, de entrada, refleja las notables diferencias existentes entre la base fáctica del caso citado, con el atendido con el presente trámite administrativo.

El mandato permitido en la Resolución citada por **INCOEQUIPOS** es sustancialmente diferente al que dicen haber realizado las investigadas en el presente caso. En efecto, en el caso que se cita como precedente se autorizó que POSTOBON, fabricante de la bebida isotónica SQUASH, distribuyera el producto GATORADE de QUAKER. No obstante, QUAKER siguió siendo quien fijaba el precio al público de manera independiente y sin ninguna intervención de POSTOBON, de tal forma que esta última no negociaba por QUAKER frente a sus clientes. Es decir, las ofertas de venta, la presentación y fijación de los precios, la publicidad, y negociaciones eran realizadas por QUAKER, a pesar de que POSTOBON podía distribuir la bebida de QUAKER y, si era del caso, facturarla al momento de entregar el producto. Tan es cierto lo anterior que en la Resolución que se cita como

⁴² Cfr. SIC, Resolución No. 69716 de 2009, mediante la cual se resuelve recurso de reposición en contra de la Resolución No. 1055 del 19 de enero de 2009; Cfr. SIC, términos de aceptación de garantías en Resolución No. 17464 del 30 de agosto de 1999.; Cfr. SIC, Resolución No. 46111 de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

antecedente se reconoció por las intervinientes que "cada una de ellas toma sus decisiones de manera unilateral e independiente en relación con la publicidad, las cantidades, precios, promociones, descuentos, políticas de mercadeo y manejo de la marca". Por el contrario, en el presente caso la oferta de venta y la negociación de todos los competidores fueron realizadas por **INCOEQUIPOS**, quien estuvo encargada de presentar las ofertas en la licitación, y conoció con anticipación **todos los factores de competencia** que se presentarían entre los competidores, incluyendo el precio de cada oferta.

Tampoco puede equipararse el conocimiento de los precios de venta de un competidor frente a sus clientes en mercados tradicionales, con el conocimiento de la oferta económica de otro proponente en una licitación pública. En este último caso, el conocimiento previo de la oferta económica de un proponente implica una ventaja competitiva que puede calificarse de "fulminante" para el proceso competitivo, pues el tiempo no va a poder remediar el daño que se causa en la competencia por el mercado (i.e. el contrato a adjudicar). En este sentido, el uso de esta información económica de la propuesta de otro competidor puede llegar a excluir permanentemente del mercado no sólo al propietario de la información utilizada, sino a todos los demás proponentes que compiten en condiciones de información asimétrica por el contrato pues dependiendo del método de adjudicación, la sensibilidad de la fórmula de elegibilidad puede ser mayor o menor a los valores económicos ofertados.

Más importante aún, en su momento la **SIC** autorizó el mandato citado debido a que se demostró que la única forma en que el producto GATORADE de QUAKER podía ser distribuido en Colombia era a través de POSTOBON. Es decir, el contrato era necesario para lograr que el producto se mantuviera en el mercado, como lo reconoce la **SIC** en la Resolución 15847 de 2005.⁴³ Por el contrario, en el presente caso todos los competidores podían y de hecho debían presentar las ofertas de forma independiente, por lo cual no se puede pretender equiparar la presente investigación al caso citado.

Por lo demás, y como se precisó al momento de definir el mercado relevante del presente caso, las características del mercado relevante en casos de colusión en procesos de selección son tan únicas que no puede definirse o confundirse con la definición clásica de otros mercados (i.e. geográfico y producto), que fue la que se utilizó en el caso POSTOBON-QUAKER. En efecto, los procesos de selección contractual comprenden un proceso competitivo por el mercado y no en el mercado, situación que conlleva a que una vez presentadas las respectivas ofertas, y adjudicado el contrato, nadie puede continuar compitiendo con el adjudicatario por la ejecución de las obras u obligaciones que del contrato de desprenden.

En conclusión, no sólo no existe un precedente administrativo que permite abiertamente la celebración de mandatos entre competidores que les permite conocer información sensible de la competencia, sino que el caso alegado resulta inaplicable a la situación de hecho que se estudia en el caso *sub examine*.

7.5.2. Sobre el contrato de mandato alegado

Para este Despacho hay evidencia suficiente en el expediente para descartar la existencia de un mandato en las condiciones alegadas por los investigados con miras a exonerar su responsabilidad por la celebración de un acuerdo anticompetitivo con objeto colusorio.

⁴³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 15847 de 2005, Pág. 4.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

En primer lugar, existen contradicciones entre las versiones ofrecidas por **INCOEQUIPOS** y **GISAICO** respecto del contrato de mandato que ha servido de columna vertebral de sus defensas. Por un lado, **GISAICO** es insistente en que simplemente hubo un acuerdo de mensajería a través del cual **INCOEQUIPOS** entregaría su oferta en Bogotá y le facilitó un ingeniero para la visita obligatoria; mientras que por el otro, **INCOEQUIPOS** sostiene que hay un mandato tanto con **PAVIGAS** y **ESTYMA** como con **GISAICO**, en virtud del cual les remitió los formatos, les grabó la oferta económica en un CD, les facilitó una persona para que asistiera en su nombre a la visita obligatoria y les consiguió las póliza de garantía de seriedad de la oferta.

Aunado a las incoherencias presentadas respecto a las condiciones generales del acuerdo celebrado, **INCOEQUIPOS** sostiene que remitió los formatos y el índice de la oferta a **GISAICO**, mientras **GISAICO** manifiesta que el índice aportado con su oferta fue introducido arbitrariamente por **INCOEQUIPOS**, el cual no coincidiría con el remitido por **GISAICO**

Igual inconsistencia se tiene respecto del CD contentivo de las ofertas económicas: mientras **INCOEQUIPOS** manifiesta que efectivamente **GISAICO** le remitió su oferta económica para ser grabada en las oficinas de **INCOEQUIPOS** en Bogotá, **GISAICO** sostiene que alteraron su oferta y entregaron un CD que no contiene la oferta por ellos entregados a **INCOEQUIPOS**.

En el mismo sentido, se encuentra este Despacho con las versiones ofrecidas por **GISAICO** e **INCOEQUIPOS** respecto a la consecución de la póliza, pues mientras **GISAICO** sostiene que acudió al mismo intermediario pero tramitó y canceló su póliza independientemente, **INCOEQUIPOS** reconoce que gestionó la póliza de los demás proponentes investigados, incluida la de **GISAICO**.

Estas inconsistencias no le permiten a este Despacho tomar como ciertas las afirmaciones plantadas por los investigados frente a las condiciones del acuerdo celebrado, ya que dejan claro que no existió realmente el mandato alegado.

Ahora bien, dejando de lado las anteriores inconsistencias, y entrando en la esfera del uso de la figura del mandato para desvirtuar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia, este Despacho considera que no es posible adoptar como válida la tesis ofrecida por los investigados respecto de la multiplicidad de mandatos individuales entre **INCOEQUIPOS** y cada uno de los demás proponentes investigados (i.e. **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO**) por los siguiente motivos:

Si partimos de la base argumentativa de los investigados, nos enfrentamos a un escenario en el que **PAVIGAS**, **ESTYMA**, y **GISAICO** adelantaron una serie de acercamientos comerciales con **INCOEQUIPOS** para cotizar el posible suministro de bienes necesarios para ejecutar el contrato a adjudicar por el **INVÍAS**. Así, **INCOEQUIPOS** les ofrecería su colaboración para que pudieran entregar sus respectivas propuestas al **INVÍAS**. Es de mencionar que ni de los acercamientos comerciales, ni del acuerdo individual de colaboración existe evidencia contractual por haberse adelantado de forma consensual.

Una vez se cierra la licitación y se conocen las observaciones de **SAHO** respecto a los indicios de colusión, ninguno de los investigados hace referencia alguna a la existencia de estos acuerdos calificados como legales por sus partes. A esta altura es importante aclarar que sobre el silencio y el derecho de no autoincriminación se hablará en apartes posteriores.

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 78

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Requeridos en explicaciones por parte del **INVÍAS**, ninguno reconoce el mandato argüido para justificar las similitudes halladas por la entidad contratante, lo cual deja clara la absoluta falta de espontaneidad frente a las excusas que se presentaron frente a los cargos formulados por la **SIC**. **Por el contrario, alegan la elaboración independiente de su oferta (GISAICO)**, la sorpresa por las similitudes halladas (**INCOEQUIPOS**), el simple acogimiento a la presunción de buena fe que los cobija, sin dar más explicación (**ESTYMA**) y manifestando expresamente no tener ningún tipo de contrato, convenio o acuerdo con los demás proponentes (**PAVIGAS**). Es decir, existe una absoluta contradicción entre los hechos que manifestaron ante el **INVÍAS** y los hechos que hoy manifiestan frente a la **SIC**.

Adicionalmente, no se demuestra por ningún medio la existencia de algún reclamo por parte de los supuestos mandantes afectados por el abuso de confianza de su mandatario (i.e. **INCOEQUIPOS**). De hecho, el único que sostiene haber realizado un reclamo privado a **INCOEQUIPOS** al percatarse de que participó en la licitación es **GISAICO**, quien a su vez reconoce que al publicarse el informe de evaluación no actuó por cuanto la conducta de **INCOEQUIPOS** no se materializó en un efecto negativo, pues **GISAICO** salió favorecido. Del mismo modo, al recibir las observaciones de **SAHO**, y pese a evidenciarse manipulación de la oferta por parte de **INCOEQUIPOS** en cuanto se introdujeron documentos no firmados por el representante de **GISAICO** y la entrega de un CD no remitido por ellos, **GISAICO** manifiesta haber guardado silencio y decidieron defender la elaboración de su oferta en sus oficinas.

Como bien lo manifiesta la Delegatura, el silencio respecto a la existencia del mandato que hoy alegan no guarda relación con el comportamiento lógico que se espera de un proponente independiente, con verdaderas intenciones de hacerse con el contrato en adjudicación, y el cual se vio asaltado en su buena fe por parte de otro proponente que fungía como su mandatario. La Delegatura afirma, y está de acuerdo este Despacho, que resulta extraño que se alegara en la presente actuación el abuso de confianza de **INCOEQUIPOS**, cuando ninguno de los supuestos asaltados en su buen actuar denunció la situación anómala –o siquiera la puso de presente ante el **INVÍAS**–, sino que tuvo que ser el único competidor habilitado y no investigado de la licitación quien advirtiera la situación. Frente a esto la la Delegatura expuso:

*"Es más, es raro que haya sido **SAHO** el que denunció los primeros visos de irregularidades y no los mismos mandantes, que como han manifestado acá supuestamente habrían sido asaltados en su buena fe, cuando descubrieron que su colaborador estaba presentando oferta formal, lo que significaba la restricción de su propia competencia."*

Es claro entonces que la tesis expuesta por los investigados es absolutamente inverosímil, ya que de haber ocurrido la reacción frente a la presentación de una oferta por **INCOEQUIPOS** hubiese sido otra totalmente diferente a la que asumieron.

Así las cosas, la Delegatura definió la situación individual de quienes recomienda sancionar relacionándolas con la conducta esperada de un agente en competencia, análisis con el cual está plenamente de acuerdo el Despacho. Dice la Delegatura:

*"Así las cosas, al ser cuestionado por las coincidencias señaladas por **SAHO** y aquellas otras demostradas por el **INVÍAS** y la **DIJIN** en el análisis de los medios ópticos aportados por los proponentes, **INCOEQUIPOS** guardó silencio sobre la existencia del mandato que hoy alega, y aún peor, prefirió ocultar el acuerdo, y perder la posibilidad de beneficiarse como proveedor de sus mandantes al dar un paso al lado tras reconocer la deslealtad hoy reconocida, justificando*

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

de esa forma la existencia de tales similitudes tanto ante el ente contratante, como respecto a la averiguación penal que adelantó la FGN.

En segundo lugar está GISAICO, quien ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad, quien al ser requerida por el INVÍAS en virtud de los señalamientos de SAHO se limitó, exclusivamente, a manifestar la elaboración de su oferta en sus instalaciones en Envigado y desconocer, por omisión de manifestación, la existencia del contrato de mandato argüido en la presente actuación.

Es de resaltar, que el silencio frente al mandato celebrado con INCOEQUIPOS no sólo hizo presencia durante los requerimientos del INVÍAS, sino que el mismo se mantuvo a lo largo del trámite penal adelantado en FGN, de tal suerte que en caso de ser cierta la creativa versión de los investigados, podría tratarse de un posible ocultamiento de pruebas en los mencionados trámites llevados a cabo.

Para este Despacho, la anterior actitud muestra una absoluta falta de espontaneidad en la versión de los investigados, lo cual ratifica la inexistencia real del contrato de mandato en el presente caso. La Delegatura continúa señalando:

Por su parte, teniendo en cuenta lo manifestado por GISAICO respecto a su participación independiente, no se encuentra explicación para que siendo asaltados en su buena fe por parte de INCOEQUIPOS, GISAICO no expusiera que dicha sociedad abusó de la confianza que en ellos depositaron, pues INCOEQUIPOS: 1) omitió su participación al proceso en que iban a participar, por lo que le confiaron su oferta económica y la entrega de la propuesta (de lo que dependía un elemento esencial para resultar adjudicatario y su participación respectivamente), y 2) entregó documentos (índice y CD de la propuesta económica), que como manifestó GISAICO, no estaban firmados por el Representante Legal de esa sociedad, por lo que no eran los entregados por ellos a INCOEQUIPOS.

Estas dos conclusiones respecto al actuar de INCOEQUIPOS habrían justificado las coincidencias denunciadas, y hubiese dejado ver el verdadero interés de GISAICO como proponente independiente en condiciones de competencia. Por ello, al no exponerse la situación en su momento permiten a esta Delegatura concluir que GISAICO no tenía ningún interés en que se conociera la colaboración brindada por INCOEQUIPOS y con ello, se descarta que el actuar de INCOEQUIPOS resultara ajeno al conocimiento de GISAICO.

En tercer lugar, PAVIGAS y ESTYMA; quienes al igual que los dos casos anteriores guardaron silencio respecto a la existencia del mandato con INCOEQUIPOS en las sedes de INVÍAS y FISCALÍA, pero que a diferencia de GISAICO no manifestaron que las ofertas fueron elaboradas en sus instalaciones, sino que se sometían a lo probado y la protección que les brindaba la buena fe; estaban en un escenario claro para justificar por medio del reconocimiento de dicho contrato consensual, las similitudes halladas y de paso, descalificar no sólo a su mandatario por abuso de confianza, sino a los demás proponentes que colaboraron con él.

Con lo anterior, no sólo hubiesen explicado las similitudes, sino que hubieran logrado sacar del juego a GISAICO, quien estaba en primer lugar de elegibilidad, sino a VÍAS NARIÑO que ocupaba la segunda casilla; logrando así acercarse a su fin lógico en un escenario de competencia, la adjudicación del contrato.

Por lo anterior, el silencio que apuntaba a la inevitable consecuencia de que el contrato fue adjudicado a GISAICO, por parte de dos competidores que hoy sostienen tener argumentos para demostrar su exclusión de una posible colusión, sólo demuestra a esta Delegatura que este actuar cómplice sólo puede justificarse en el conocimiento del actuar contrario a la libre competencia de INCOEQUIPOS y GISAICO; haciéndolos parte de este acuerdo con objeto colusorio.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

*Así las cosas, fueron más de 9 meses en que el **INVÍAS** estuvo involucrado en la problemática jurídica que se suscitó a partir del descubrimiento de las señales de alerta, suspendiendo audiencias, interrumpiendo el proceso y ralentizándolo hasta la expedición de los dictámenes de las autoridades de policía judicial, y en esos 9 meses no hubo un sólo pronunciamiento de los investigados para explicar lo que en este trámite explican, ni para tachar de desleal el comportamiento de **INCOEQUIPOS**.*

Sus intervenciones, en cambio, se limitaron a desconocer los motivos de las coincidencias y similitudes que aparecían innegables en el decurso del procedimiento y a reiterar que sus valores se habían fijado independientemente. Pues de nada sirve tal independencia, si es que en gracia de discusión se admite, cuando todos eran conscientes de que un competidor estaba extrayendo ventaja ilegítima de una coyuntura extraprocesal sobre la que guardaron absoluto silencio y que definitivamente generaba un desbalance en la objetividad de la selección.

*Ese comportamiento, resulta explicable solamente, si se parte de la existencia de un pacto colusorio entre los investigados (con excepción de **PAVIANDINOS**), en el que actuaban coordinadamente y no buscaban descalificaciones recíprocas sino ganancias conjuntas.*

Para el Despacho, el análisis de la Delegatura es acertado, y debe ser complementado con las siguientes consideraciones respecto de la conducta de los investigados frente al primer reproche del **INVÍAS** y los argumentos expuestos en la presente actuación.

Es claro que el hecho de que uno de los proponentes (i.e. **VÍAS NARIÑO**) tuviera conocimiento de tres ofertas económicas diferentes a las de él, lo ponía en una situación ventajosa frente a los demás proponentes, pues no sólo podía ubicar su oferta en una mejor posición para ganarse el concurso (claro está que sin una precisión absoluta por desconocer la cantidad y valor de las demás ofertas), sino que podía manejar con mayor influencia el método de adjudicación que era sensible a las ofertas económicas presentadas.

Por otra parte, la conducta cómplice, pasiva y omisiva de los proponentes ante las acusaciones que **SAHO** realizó en su contra, además de las evidentes coincidencias documentales y contradicciones entre las versiones de los investigados, dejaron ver con claridad la existencia de un acuerdo colusorio para defraudar al Estado.

Cuando un proponente se presenta a un proceso de selección contractual lo hace con la intención de lograr la adjudicación del contrato. Por lo anterior, en caso de darse cuenta que uno o más de los proponentes han realizado conductas defraudadoras del proceso competitivo, su reacción debe atender, lógicamente, al reclamo de tal situación, más cuando dicha situación puede comprometer su responsabilidad penal y administrativa. Esta fue la conducta asumida por **SAHO**, quien una vez evidencia una serie de indicios de colusión entre los demás proponentes habilitados, denunció dicha situación ante el **INVÍAS**.

De igual forma, una vez puesta en duda la independencia de la participación de los investigados, la reacción de ellos vislumbra de algún modo su conducta frente a dichas coincidencias. En otras palabras, cuando se genera la génesis del reproche se puede percibir de primera mano, en la reacción de cada uno de los increpados versus la reacción esperada en un escenario de independencia y competencia, el verdadero rol de los investigados frente al presunto acuerdo colusorio.

En estos términos, y en un escenario de competencia en el que **PAVIGAS**, **GISAICO** y **ESTYMA** buscarían la adjudicación del contrato, un presunto abuso de confianza por parte de **INCOEQUIPOS** no sólo sería denunciado en el mismo instante que se detecta, sino que

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

por las similitudes halladas con otros proponentes desencadenaría en la delación de haber sido usado para un acuerdo anticompetitivo.

Cuando se guarda silencio y se omite lo que para ellos hoy constituye un acuerdo lícito individual entre **INCOEQUIPOS** y cada uno de los otros tres proponentes, se pone en duda la veracidad del argumento, y consecuentemente, se invierte la carga probatoria para que ellos logren demostrar la existencia de un acuerdo en los términos ofrecidos, que fue inicialmente desvirtuado por los indicios que se desprenden de la conducta de ellos al momento de ser encarados por la entidad contratante.

Ahora bien, el silencio no sólo constituye un indicio de la inexistencia del mandato, sino que al presentarse el ofrecimiento de explicaciones distintas a la del mandato, fueron partícipes y cómplices de que el resultado esperado por **INCOEQUIPOS** se materializara en la licitación, no pudiendo por ello negar la existencia de un acuerdo entre ellos para tal fin. Así las cosas, una vez conocidas las observaciones iniciales de **SAHO** respecto a las identidad: (i) numeración de 6 dígitos de las propuestas; y (ii) identidad en las pólizas con números consecutivos; cada uno de los proponentes contestó en los siguientes términos.

VÍAS NARIÑO, a través de comunicación formada por **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**⁴⁴, manifestó que **INCOEQUIPOS** siempre ha tramitado la póliza con ese intermediario, quien es ampliamente reconocido en el medio.

Por su parte, **PAVIGAS** sostuvo por medio de comunicación firmada por **LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO**⁴⁵ que: (i) "no tiene ningún acuerdo, contrato o convenio con alguno de los participantes dentro del proceso de la referencia" (subrayado fuera del texto); y (ii) la consecutividad de la pólizas no significa una práctica colusoria, pues dicha asignación no depende de **PAVIGAS** sino de la oficina que las expide. Esto quiere decir que, o está cometiendo una falsedad frente a la **SIC**, o lo hizo ante el **INVÍAS** cuando dio la respuesta citada.

En cuanto a **ESTYMA**, **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** expuso mediante escrito⁴⁶ que muchas veces las empresas que participan en procesos de licitación utilizan una misma compañía de seguros y que su propuesta fue presentada y estudiada por **ESTYMA**.

Por último, **GISAICO**, a través de su representante **DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO**, manifestó⁴⁷ al **INVÍAS** que las afirmaciones de **SAHO** suponen que la presunción de buena fe que opera a favor de **GISAICO** se encuentra desvirtuada, agregando que cualquier proponente es libre de escoger el intermediario de seguros y la compañía aseguradora de su preferencia y es potestativo de cada aseguradora avalar todas las pólizas de un mismo proyecto de forma consecutiva. Sin embargo, agrega que su propuesta está íntegramente firmada por el representante de **GISAICO**, por lo que se desvirtúa cualquier posibilidad de una elaboración conjunta de las ofertas.

⁴⁴ Folios 984 y 985 del Cuaderno Público No.5 del Expediente.

⁴⁵ Folio 987 del Cuaderno Público No.5 del Expediente.

⁴⁶ Folio 989 del Cuaderno Público No.5 del Expediente.

⁴⁷ Folios 991 y 992 del Cuaderno Público No.5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Posteriormente, **INVÍAS** remitió a los cuatro proponentes investigados el informe SGA-ADI-74326⁴⁸, contenido de un análisis de las coincidencias halladas en los medios ópticos aportados por los investigados con sus respectivas ofertas económicas, ante lo que expusieron lo siguiente:

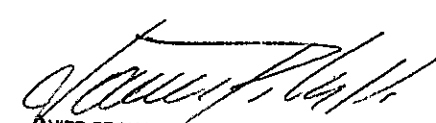
Imagen No. 27 Respuesta de VÍAS NARIÑO

Cordial saludo:

Por medio de la presente me dirijo a usted con el fin de dar contestación al oficio de la referencia en los siguientes términos:

Desconocemos las razones por las cuales se presentan las supuestas coincidencias a que hace referencia el memorando SGA-ADI 74326 de 2 de diciembre de 2009 que en copia me hizo llegar. Es más, somos los primeros sorprendidos. Como lo expresamos en comunicación anterior nos permitimos reiterarle que la propuesta presentada por el CONSORCIO VIAS NARIÑO - 2500 fue elaborada en las oficinas de INCOEQUIPOS S.A., teniendo en cuenta como único parámetro los requisitos establecidos en el pliego.

Cordialmente,



JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO
Representante legal
CONSORCIO VIAS NARIÑO 2500

Fuente: Folios 1031 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

Imagen No. 28 Respuesta de GISAICO

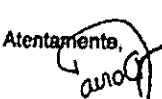
Referencia: Licitación Pública No. LP-SGT-GPD-042-2009

Asunto: Comunicación 53469

Cordial Saludo

Como respuesta a su oficio número 53469 de fecha Diciembre 2 de 2009 por medio del cual corre traslado del memorando número SGA-ADI-74326 emitido por la oficina de sistemas del Instituto Nacional de Vías, nos permitimos manifestar que la propuesta presentada por GISAICO S.A. fue elaborada en el domicilio de la empresa ubicado en la ciudad de Envigado (Antioquia), en nuestro departamento de licitaciones y respetando tanto las condiciones de tipo jurídico, técnico y económico establecidas en los pliegos como las condiciones propias del tipo de trabajo y ubicación del mismo. Desconocemos los motivos por los cuales se observa, según ese memorando, alguna similitud en las fechas de creación de los documentos y reiteramos que no existió ningún tipo de colusión para presentar la propuesta.

Atentamente,



DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO
Representante Legal

Fuente: Folios 1034 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

⁴⁸ Folios 1015 a 1024 del Cuaderno Público No.5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Imagen No. 29 Respuesta de PAVIGAS

Referencia: LICITACION PÚBLICA No LP-SGT-GPD-042-2009
Asunto: Respuesta comunicación 53468

Refiere el proponente, consorcio SAHO, que PAVIGAS LTDA, posiblemente esta involucrado en un echo (sic) de COLUSIÓN, de la cual se deriva una sindicación de tipo penal, en contra del respeto, honorabilidad y rectitud de nuestra firma, y que riñe con la forma en que las mismas se comportan frente a la administración, en los casos en que ofertan como proponentes de licitaciones públicas.


Pretender, como lo hace el consorcio SAHO que los hechos señalados bajo los numerales 1 al 4 de su escrito de observaciones (todos relacionados con las pólizas de seriedad de la oferta) constituyen la prueba de tal colusión, es desconocer que tales menciones no constituyen siquiera indicios en contra de la conducta de los involucrados, y que un corredor de seguros dentro de un gremio conocido que permanentemente licita frente al INVÍAS, puede atender de forma continua, a varios proponentes sin que tal situación constituya una violación al ordenamiento legal. De igual forma, argumentar que la marca de un disco compacto o que el archivo grabado en este disco compacto no tiene autor sea prueba de una posible colusión es tratar de probar lo que no existe.

Si lo que pretende el CONSORCIO SAHO, es romper el principio de BUENA FE que ampara a los oferentes de toda licitación, en virtud del cual, tal como lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional sentencia C651 de 1997 LA BUENA FE SE PRESUME Y QUIEN ALEGUE LA MALA FE DEBE PROBARLA, deberá arrimar plena prueba de sus afirmaciones, y no simples conclusiones que no llevan a probar ni una colusión, ni actos de competencia desleal.

"Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquéllos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo, y que si alguien asevera que es ése el caso, debe probar su aserto". (Sentencia C651 de 1997)

En virtud de lo anterior la administración no puede dar por hecho que existen conductas ilícitas en el proceder del consorcio que represento y por ende rechazar su propuesta o marginarlos del proceso.

Atentamente,

 PAVIGAS LTDA
RIF: 01-00124-0
Luis Eduardo Ordoñez Cardozo
Representante Legal

Fuente: Folios 1036 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

De las intervenciones hechas por los investigados este Despacho se permite sacar las siguientes conclusiones:

El señor **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**, quien manifestó no haber conocido la situación del mandato hasta haber visto las facturas generadas por las pólizas expedidas a nombre de los otros tres proponentes, manifiesta literalmente al **INVÍAS** que ellos no habían actuado en conjunto y que siempre habían solicitado las pólizas con ese intermediario, pidiendo desestimar las coincidencias señaladas por **SAHO** las cuales a su parecer, buscaban inducir a la entidad contratante a un error.

Así mismo **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**, pese a conocer la realidad sobre las pólizas, manifestación realizada por el mismo dentro de las observaciones al informe motivado, guardó silencio de lo que podría ser la justificación de las coincidencias halladas en las pólizas, lo cual deslegitima absolutamente el argumento que hoy avanza ante la **SIC**.

En cuanto a la segunda comunicación, resalta este Despacho el hecho de que **INCOEQUIPOS** ocultó al **INVÍAS** sus mandatos denominados como lícitos, y no contento con ello, expresó literalmente: "[d]esconocemos las razones por las cuáles se presentan las supuestas coincidencias a que hace referencia el memorando SGA-ADI 74326 de 2 de diciembre de 2009 que en copia me hizo llegar. Es más, somos los primeros sorprendidos".

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Con lo anterior, simplemente queda claro para este Despacho que **INCOEQUIPOS** pretendía eliminar cualquier posibilidad de ser vinculado con los demás proponentes investigados, o bien le mintió al contratante en su momento cuando afirmó que estaba sorprendido por dichas coincidencias, o bien, como cree este Despacho, está avanzando ante la **SIC** una explicación que no es cierta, pretendiendo hacer creer que existe un mandato individual con cada proponente.

El caso de **PAVIGAS** no es menos dicente, pues esta sociedad es muy clara en responderle al **INVÍAS** que "no tiene ningún acuerdo, contrato o convenio con alguno de los participantes dentro del proceso de la referencia". Esta situación desconcierta al Despacho, pues una de las partes del supuesto mandato negó absolutamente la existencia de cualquier tipo de convención con los demás proponentes incluido **INCOEQUIPOS**, y hoy pretenden hacer ver que todas las coincidencias se deben a un mandatario que actuó de mala fe. Por lo anterior, no sólo la conducta silenciosa prueba la inexistencia del mandato alegado, sino que hay prueba directa de este hecho.

De cara a **ESTYMA**, es prudente mencionar que su silencio prima sobre sus declaraciones al **INVÍAS**, pero en la oportunidad que decidió manifestarse sobre las coincidencias halladas en las propuestas, **ESTYMA** manifiesta que su propuesta fue presentada y estudiada por ESTYMA, situación que es contraria a la realidad reconocida en esta sede, pues afirman que su propuesta fue presentada por **INCOEQUIPOS** en virtud de un mandato.

Por último, sobre **GISAICO**, quien sostiene su independencia absoluta y simplemente se limita a manifestar que desconoce los motivos de las identidades encontradas en el archivo de su propuesta económica con la de los demás proponentes investigados, sólo resta decir que al igual que los demás investigados, omitió denunciar el abuso de buena fe que fue víctima por parte de **INCOEQUIPOS**, y que sabía que por medio de él explicarían esas similitudes.

Resulta inverosímil que ante una posible responsabilidad administrativa y penal derivada del supuesto actuar erróneo de **INCOEQUIPOS**, los demás proponentes hubiesen guardado silencio frente a las imputaciones que les hacía el **INVÍAS** y la **FISCALÍA**, y que sólo se hubiese avanzado como excusa de su actuar la teoría del mandato una vez la **SIC** imputó los cargos, lo que resta espontaneidad a dicha tesis.

Ahora bien, para este Despacho es claro que incluso aceptando la existencia de un mandato entre las investigadas dicha conducta resultaría por sí misma absolutamente ilegal. En efecto, no es de recibo que un tercero agrupe, procese, organice y presente las ofertas de varios competidores en una licitación pública, en aquellos casos en que las empresas se están presentando de forma independiente en la misma. Tal conducta, además de crear vínculos estructurales injustificados por virtud de los cuales los competidores terminan entregando los factores de competencia en un proceso de licitación (tales como precio, cantidad, calidad, etc.) a un tercero, reduce la rivalidad que debe existir entre ellos, en la medida en que toda la estrategia previa del competidor es develada a un tercero quien, a su vez, conoce de las estrategias de todos los demás, y que en últimas presenta las propuestas. Lo anterior elimina el factor sorpresa que debe existir en las propuestas de toda licitación pública, donde el conocimiento del precio o los términos de un competidor, reduce la competencia por sí mismo.

Debe recordar el investigado que el hecho de que el contrato de mandato sea una figura jurídica consagrada en la Ley no implica que con ella se puedan perpetrar conductas

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

ilegales. Aceptar esa tesis equivaldría a legalizar conductas como el mandato de varios competidores para que un tercero fije los precios del mercado, cuestión que por el hecho de estar bajo el ropaje de un mandato no dejaría de ser un cartel de precios ilegal.

Por ello, la argumentación de un mandato en las condiciones que se han podido obtener de los medios de prueba obrantes en el expediente, así como las deducciones lógicas aplicadas, representa un reconocimiento expreso de haber compartido información sensible que permitió la ejecución de un acuerdo colusorio que limitó el proceso competitivo dentro de la licitación bajo estudio.

Por todo lo expuesto, este Despacho puede sacar dos conclusiones respecto al contrato de mandato alegado: (i) que la existencia del contrato de mandato alegado por los investigados está desvirtuada por prueba directa e indicios ; y (ii) que aun tomando como cierta la celebración del mandato, dicha conducta sería por sí misma ilegal, ya que reduce la competencia entre oferentes (al dejar en un tercero que a su vez agrupa a los restantes competidores la organización y presentación de las ofertas), y crea vínculos estructurales injustificados entre competidores que a su vez permiten el conocimiento de precios futuros por quien además puede ser un competidor potencial.

Así las cosas, tanto por una vía, como por la otra, los argumentos exculpatórios de los investigados resultan insuficientes frente a las pruebas obrantes en el expediente que demuestran la existencia de un acuerdo colusorio en la licitación bajo estudio.

7.5.3. Sobre el silencio y el principio de no autoincriminación

Este Despacho comparte los planteamientos ofrecidos por **GISAICO** en cuanto a que los administrados gozan del derecho a guardar silencio sobre hechos que le son perjudiciales dentro de un trámite sancionatorio en materia de colusión en licitaciones. Lo anterior constituye la garantía que les asiste a las personas de no estar obligado a confesar sus propios delitos o ilícitos administrativos.

Sin embargo, son totalmente improcedentes los argumentos de los investigados que pretenden cobijar, a través del ejercicio del derecho de no autoincriminación, el silencio asumido frente al **INVÍAS** respecto de la existencia del mandato que han alegado ante la **SIC**. Lo anterior cobra relevancia por las inconsistencias conceptuales que ofrecen los investigados, ya que por un lado argumentan haber actuado de buena fe ante un contrato de mandato que consideran legal, y al mismo tiempo dicen que no reconocieron ese mandato en su momento en ejercicio de su derecho a la no autoincriminación. Así las cosas, quedan muchas dudas en este despacho sobre si siendo un acuerdo legal el celebrado con **INCOEQUIPOS** ¿por qué consideran necesario proteger su derecho de no autoincriminación al no reconocerlo? Si como lo han sostenido en esta sede, consideran el acuerdo apegado a la Ley, ¿por qué invocan no autoincriminación para no haberlo reconocido al **INVÍAS**? De ser aplicable el derecho de no autoincriminación para haber callado la existencia del mandato al **INVÍAS** ¿implica esto que el acuerdo sí era ilegal y su reconocimiento implicaría una autoincriminación? El derecho de no autoincriminación cobija la posibilidad de no confesar cuestiones que son perjudiciales para el investigado, cuestión que evidentemente no ocurrió en este caso. Lo que callaron los investigados fue precisamente la supuesta explicación legal de su conducta, lo cual, por supuesto, no está cobijado por ningún tipo de derecho de no autoincriminación.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Por otra parte, tampoco tiene sentido que manifiesten que ejercieron su derecho de no incriminación por medio de su silencio, cuando en verdad no sólo callaron la existencia del mandato sino que **inventaron explicaciones sobre las coincidencias**. Una cosa es mantener silencio frente al reconocimiento algo que consideran que los incrimina, y otra crear una falsa verdad para justificar las similitudes, lo que de entrada, por lo demás, ni siquiera fue un silencio frente a las autoridades.

Así las cosas, el reproche de la Delegatura sobre el silencio acogido por los investigados no constituye una atribución de responsabilidad administrativa en cabeza de los investigados. En efecto, el silencio fue interpretado como un indicio de la inexistencia del mandato entre **INCOEQUIPOS** y cada uno de los demás investigados, siendo inaceptable el argumento de no haber alegado una defensa en otra sede con base en el ejercicio del derecho de no autoincriminación. Como consecuencia de esto, el silencio fue valorado como una evidencia indiciaria que descartaría la existencia del contrato alegado en las condiciones ofrecidas y no una confesión. Adicionalmente, el silencio fue valorado como factor que resta credibilidad y espontaneidad a la tesis del mandato que hoy se avanza ante la **SIC** y que, incluso de haber sido reconocida, de ninguna forma hubiese eliminado la responsabilidad de los investigados.

Ahora bien, el hecho de que la Delegatura y este Despacho descarten la existencia del mandato a través de una inferencia lógica de unos indicios, del reconocimiento expreso de **PAVIGAS** y las continuas inconsistencias entre las versiones de uno y otro investigado, sólo dejan suponer a este Despacho que el argumento del mandato fue una creación conjunta de los investigados para intentar, sin éxito, eximir su responsabilidad por un acuerdo restrictivo cuyo objeto era la colusión en la licitación pública adelantada por el **INVÍAS**.

En conclusión, no son procedentes las observaciones ofrecidas sobre la presunta vulneración del derecho de no autoincriminación de los investigados, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente numeral.

7.5.4. Sobre las coincidencias en las ofertas económicas de GISAICO y VÍAS NARIÑO

No comparte este Despacho las apreciaciones de algunos de los investigados sobre la presunta omisión de la Delegatura en identificar que las coincidencias entre las ofertas económicas de **GISAICO** y **VÍAS NARIÑO** eran también coincidentes con el presupuesto oficial.

Una vez revisado el informe motivado se evidencia que la Delegatura expuso:

*"Vale la pena resaltar dos cosas de la anterior información: por una parte, la afirmación sobre la existencia de coincidencias entre las ofertas económicas de **GISAICO** y **VÍAS NARIÑO** en razón de su identidad con los valores determinados en el presupuesto oficial, se rompe respecto al ítem de "Gaviones", pues son coincidentes los valores ofertados por los dos proponentes mencionados, pero difieren del presupuesto oficial; situación que pese a ser una de 18, es igualmente extraña por la coincidencia exacta; y por otra parte, resulta importante señalar que si bien los demás ítems son coincidentes con el presupuesto oficial, no se elude totalmente la extrañeza que genera el hecho de que el valor ofertado, en identidad con el del presupuesto oficial, es coincidente en los mismos ítems que en el de otro investigado por posible colusión; sin que en los demás ítems tenga alguno de los dos proponentes identidad con el presupuesto".*

Queda evidenciado así que la Delegatura reconoció expresamente que las coincidencias de la gran mayoría de las identidades encontradas en las ofertas económicas de **GISAICO** e

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

INCOEQUIPOS son coincidentes con el presupuesto oficial. Lo verdaderamente importante, es el hecho de que sobre estas coincidencias existen dos elementos que muestran la no definición independiente de las ofertas: (i) hay un elemento que no es coincidente con el presupuesto oficial; y (ii) no existen otros valores iguales al presupuesto oficial en ninguna de las ofertas de **GISAICO** y **VÍAS NARIÑO**, sino sólo aquellas en las que también coinciden entre ellas.

Sobre esta primera conclusión, no es cierto que todos los elementos coincidentes de las dos ofertas económicas sean coincidentes con los valores ofrecidos en el presupuesto oficial, pues el elemento "gaviones" es coincidente entre los dos proponentes, pero diferente con el del presupuesto oficial.

Sobre la segunda conclusión, y pese a que los demás elementos diferentes a gaviones y que son coincidentes entre los dos proponentes son coincidentes con el ofrecido en el presupuesto oficial, sólo en esos elementos coincidentes entre los proponentes se encuentra identidad en cada una de las ofertas respecto del presupuesto oficial; es decir, vistas de forma independientes cada una de las propuestas económicas, tanto la una como la otra sólo resultan coincidentes con el presupuesto oficial en los mismos rubros.

Por lo anterior, un indicio muy fuerte de que las ofertas fueron hechas de forma conjunta es que uno de los elementos de competencia que no fue puesto en el presupuesto oficial coincida de forma exacta entre los competidores. Así mismo, el hecho de que sólo dos competidores se hayan apegado en absolutamente todos los ítems al presupuesto oficial constituye hace que existan dudas sobre la presentación independiente de las ofertas, cuando dicha conducta es valorada junto con los demás indicios existentes.

Por todo lo expuesto, no sólo no son de recibo las observaciones planteadas frente a que no existió colusión entre los oferentes debido a que las propuestas coincidían con lo establecido en el presupuesto oficial, sino que el actuar coincidente denota la elaboración conjunta de las ofertas económicas.

7.5.5. Sobre el análisis económico de la SIC

Con independencia de las observaciones presentadas por los investigados respecto a la práctica por parte de funcionarios de la Delegatura de la supuesta prueba pericial decretada, y la consiguiente deficiencia procesal en los procedimientos empleados que no permitieron el adecuado ejercicio del derecho de contradicción, complementación y recusación, los cuales fueron resueltos en el numeral 6.2.2. de la presente Resolución, algunos investigados también plantearon observaciones sobre el contenido mismo del análisis económico desarrollado en el Informe Motivado.

Por una parte, **GISAICO** y **DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO** manifestaron que la propuesta de **VÍAS NARIÑO** no afectó en nada la oferta de **GISAICO**, porque en ausencia de ella igual hubiera ganado **GISAICO**. Por lo anterior, manifestaron que no se expusieron los escenarios en los cuales la propuesta de **VÍAS NARIÑO** hubiera sido adjudicataria y no se explicó si estos eran viables.

PAVIGAS y **LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO** exponen que se omitió en el informe económico el escenario en el que **SAHO** hubiese propuesto una oferta más alta. Por lo anterior, se omitió, en su concepto, la elaboración de otra hipótesis diferente que descartaría la colusión.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Por último, **ESTYMA** y **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** manifiestan el escenario en el que de haberse habilitado la oferta de **GALERAS**, dicho proponente hubiera resultado adjudicatario, lo que demuestra que la Delegatura únicamente se limitó a demostrar los puntos que pretendía vislumbrar la Superintendencia, pero no a establecer todos los escenarios posibles.

Adicionalmente, sostienen que bajo la línea argumentativa de la Delegatura, todas las ofertas dentro de un proceso son complementarias porque suben o bajan los promedios para que otro gane, cuestión que no implica un acuerdo colusorio.

Por último, **ESTYMA** y **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** recalcan que carecen de sentido los argumentos sostenidos en el informe económico en cuanto luego de definir los diferentes escenarios de los investigados, la oferta que maximizaba la utilidad era la propuesta por **GISAICO**, pues era la que resultaba adjudicataria con el valor mayor posible (93.56% del presupuesto oficial y el segundo mayor porcentaje de éxito), en cuanto tiempo después se adjudicó el mismo contrato con precios más altos que ese.

Sobre todo lo anterior, ese debe anotar que no es cierto que la Delegatura haya hecho un informe económico caprichoso; de hecho, la Delegatura dedicó sus esfuerzos a responder las preguntas que pretendían los investigados responder a través del perito económico rechazado. Para lo anterior, la Delegatura identificó las siguientes tres preguntas:

1. *"Tomadas en conjunto, las ofertas económicas presentadas por **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, ¿tenían éstas la potencialidad de afectar el proceso de contratación dentro de la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009**?"*
2. *¿Cuál hubiese sido el resultado de la evaluación si la propuesta de **CCA GALERAS** fuera tenida en cuenta para los cálculos?"*
3. *Tomando las ofertas económicas de **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO**, ¿podía controlarse el resultado del proceso de contratación, si se tienen en cuenta las ofertas los seis (6) proponentes adicionales que asistieron a las visitas de obra?"*

Respecto a la primera pregunta, la Delegatura fue muy clara en informarle a los investigados que por medio del análisis económico adelantado se pudo evidenciar que las ofertas económicas presentadas por **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** tenían un alto grado de complementariedad matemática para lograr que el puntaje económico más alto fuera el de **GISAICO**. Para sostener lo anterior, la Delegatura resalta que el valor propuesto por **GISAICO** coincide directamente con el mayor porcentaje de éxito alcanzable (55,73%), dadas las posibles magnitudes que dos oferentes adicionales pudiesen ofertar durante el proceso. Adicionalmente, que no sólo la oferta de **GISAICO** contaba con mayor chance de resultar adjudicataria, sino que su valor de adjudicación, es decir el valor en el que resultaría adjudicatario, era el más alto entre las opciones de adjudicación que tenían las ofertas de los demás investigados.

Adicional a lo anterior, los resultados económicos expuestos por la Delegatura muestran el alto grado de contribución que las ofertas de **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** tienen para lograr que la propuesta económica de **GISAICO** obtuviera la mayor calificación económica posible.

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 89

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Por lo anterior, las ofertas de **PAVIGAS**, **GISAICO**, **ESTYMA** y **VÍAS NARIÑO** tenían efectivamente la potencialidad de direccionar el resultado del proceso de calificación hacia una de ellas, en este caso la de **GISAICO**, de tal manera que se aumentara la probabilidad de obtener el mayor puntaje en la calificación económica.

Frente a la segunda pregunta planteada, la Delegatura expone que al sumar la oferta económica de **GALERAS** a los cálculos, según el mecanismo de calificación señalado por el **INVÍAS**, esta propuesta quedaría con el mayor puntaje económico posible (750 PTS), situación que deja en evidencia que **ESTYMA** y **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** no leyeron detenidamente el Informe Motivado. Esto, por obvias razones, no resta el carácter de prueba al análisis económico, ya que el mismo se mantiene intacto frente a que los oferentes coludieron para incrementar hasta donde les era posible a los cartelistas las probabilidades para ser adjudicatarios del contrato.

Con miras a contestar la tercera pregunta formulada por los investigados, la Delegatura elaboró unos escenarios económicos con base en la existencia de otros 6 proponentes hipotéticos adicionales a los 4 investigados. Para lo anterior, propuso inicialmente dos situaciones especiales: (i) un escenario donde las 6 ofertas hipotéticas tendrían valores iguales al presupuesto oficial; y (ii) un escenario donde las 6 ofertas hipotéticas con valores iguales a la oferta más baja registrada en la licitación. Del anterior ejercicio resultaron adjudicatarios en el primer escenario **PAVIGAS** y en el segundo los jugadores hipotéticos adicionados.

Adicional a las dos situaciones descritas, la Delegatura realizó un último ejercicio planteado por los investigados consiste en establecer de manera general los resultados de variar la oferta de seis (6) proponentes hipotéticos adicionales para verificar la efectividad de un posible acuerdo colusorio entre **GISAICO**, **VÍAS NARIÑO**, **ESTYMA** y **PAVIGAS**.

Para tal fin, la Delegatura varió las ofertas económicas de seis proponentes hipotéticos adicionales desde el 84% del presupuesto oficial (aproximación oferta **SAHO**), con incrementos porcentuales del 1% hasta llegar al valor del presupuesto oficial. En este ejercicio se iban añadiendo proponentes hipotéticos hasta completar 6, de tal manera que se incluyeran la totalidad de combinaciones posibles entre todos los valores resultantes de las ofertas hipotéticas. Lo anterior buscaba calcular para cada una de ellas la media, mediana, precio de referencia, límites de primera y segunda etapa y calificación económica máxima resultante.

Con base en todas estas medidas, se calculó el porcentaje de éxito de cada proponente en todos los casos analizados, el cual se obtiene de la cantidad de veces que un proponente obtiene el mayor puntaje sobre el total de casos calculados.

Los resultados obtenidos de este ejercicio son dicentes: **GISAICO** ostentó el mayor porcentaje de éxito frente a los demás investigados, sin que para que esto importe cuántos proponentes hipotéticos adicionales que varíen su oferta desde 84% hasta el 100% del presupuesto oficial se involucren en el estudio.

De igual manera, como se observó en las ilustraciones de la Gráfica No. 13 del informe motivado citada en el numeral 4.5. de la presente Resolución, el porcentaje de éxito de **GISAICO** decrece en la medida en que se van incluyendo proponentes supuestos, de tal manera que se reducen sus posibilidades de obtener el mayor puntaje económico posible (pasa de un 88,24% con 1 proponente hipotético adicional a un 14,65% con 6 proponentes

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

hipotéticos adicionales). Como se muestra a continuación, el porcentaje de éxito de **GISAICO** en todos los ejercicios no sólo es el mayor de los alcanzados por las cuatro ofertas fijas, sino que estos porcentajes incluyen valores más que significativos, tal como en los casos de un proponente hipotético adicional (88,24%), dos proponentes hipotéticos adicionales (57,44%) y tres proponentes hipotéticos adicionales (40,00%).

Por lo anterior, no sólo no es cierto que la Delegatura omitiera las intenciones probatorias de los investigados al solicitar el peritaje económico rechazado, sino que contestó cada una de las preguntas que los investigados pensaban responder con él.

En cuanto a las observaciones puntuales de **GISAICO** y **DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO**, se evidencia en el informe económico del Informe Motivado que:

- La oferta de **VÍAS NARIÑO**, favorece la aproximación del valor económico propuesto por **GISAICO** al límite inferior de segunda etapa, esto es a ser la oferta adjudicada, un 93,17% de las veces consideradas (150 veces de 161) en el análisis económico adelantado. De esta forma, la oferta económica de **VÍAS NARIÑO** contribuye en la gran mayoría de escenarios a que la propuesta económica presentada por **GISAICO** tenga mayores posibilidades de resultar ganadora.
- Para el ejercicio realizado sobre la propuesta de **VÍAS NARIÑO** y las modificaciones consideradas sobre su oferta económica (de -5% hasta 5% del presupuesto oficial), se observó que la oferta realmente presentada al proceso tenía un chance de ganar en el 2.44% de los escenarios planteados; pero si se hubiera ubicado un punto porcentual por encima, su chance de adjudicación se hubiera incrementado al 52.87%.
- En los escenarios planteados para resolver las dudas de las solicitudes probatorias de los investigados se obtuvo que **VÍAS NARIÑO** tendría un porcentaje de éxito de 1.38% (con 2 proponentes hipotéticos adicionales), 2.73% (con 3 proponentes hipotéticos adicionales), 2.35% (con 4 proponentes hipotéticos adicionales), 1.47% (con 5 proponentes hipotéticos adicionales) y 0.8% (con 6 proponentes hipotéticos adicionales).

En cuanto a las observaciones puntuales de **PAVIGAS** y **LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO**, se evidencia en el informe económico del Informe Motivado que:

- Al manejarse el concepto de porcentaje de éxito se analizaron 24'137.569 combinaciones diferentes con 6 proponentes adicionales. Ahora bien, sobre la solicitud de incrementar la oferta de **SAHO**, se elaboraron 17 escenarios diferentes; en los cuales **GISAICO** ganaría en 88.24% de los casos (15 de 17) y **SAHO** en 11.76% (2 de 17).

En cuanto a las observaciones puntuales de **ESTYMA** y **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO**, se evidencia en el informe económico del Informe Motivado que:

- La Delegatura expuso que al sumar la oferta económica de **GALERAS** a los cálculos, según el mecanismo de calificación señalado por el **INVÍAS**, esta propuesta quedaría con el mayor puntaje económico posible (750 PTS). Como se mencionó en la exposición inicial del presente asunto.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

- Teniendo en cuenta que se buscaba identificar el grado de complementariedad de las ofertas, la Delegatura hizo un estudio sobre el grado de influencia que tuvo cada propuesta presentada para el beneficio de **GISAICO**; es decir, se preguntó en los 161 escenarios planteados, variando una oferta hipotética entre 84% y 100% del presupuesto oficial, qué tanto ayudaban las ofertas de los investigados a que **GISAICO** quedara más cerca por encima del límite inferior. Este escenario se planteó con y sin la oferta de **GALERAS**, demostrando que incluido **GALERAS** las tres ofertas de los investigados acercaron a **GISAICO** a la adjudicación en un 100% de los escenarios; mientras que sin **GALERAS**, las ofertas de **PAVIGAS** y **ESTYMA** apoyaban en un 100% tal fin; a la vez que **VÍAS NARIÑO** lo hacía en un 93.17%.

Los datos anteriores demuestran que si bien cualquier oferta afecta el método de selección, la estrategia de los investigados ofrecía, en diferentes escenarios, chances muy altos de lograr la adjudicación para **GISAICO**.

- No carecen de sentido las conclusiones de la Delegatura sobre el hecho de que entre las ofertas de los investigados en sus respectivas mayores probabilidades de éxito, la oferta de **GISAICO** representaba la adjudicataria con el mayor valor. Lo anterior demuestra, más bien, la posible optimización de beneficios en la estrategia planteada por los investigados para lograr la adjudicación de la licitación al mejor precio posible.

Por los motivos expuestos, no sólo no es cierto que no se hayan presentado todos los escenarios planteados por los investigados en sus solicitudes probatorias, sino que las respuestas a sus observaciones estaban resueltas en el análisis económico expuesto por la Delegatura en su Informe Motivado.

7.5.6. Sobre el desconocimiento que tenía JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO de la conducta imputada

Para este Despacho la responsabilidad de **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** está plenamente probada, teniendo en cuenta los hechos expuestos en la presente Resolución. En primer lugar, no se puede dejar de lado que la responsabilidad de las personas naturales no se limita a la ejecución de conductas anticompetitivas, pues de acuerdo al nivel de responsabilidad, y ciertas condiciones de modo tiempo y lugar, también pudieron haber colaborado, facilitado, autorizado o incluso tolerado la ejecución de estas conductas.

Por lo anterior, y como se expresó en numerales anteriores, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** reconoció en su escrito de observaciones al Informe Motivado que pese a no haber estado en la conformación de las ofertas, no haber contactado a los demás proponentes y no haber ordenado la colaboración con los demás investigados para que pudieran presentar sus ofertas, se enteró de la existencia de esa colaboración al encontrar los cobros respectivos de las pólizas de seriedad de la oferta de los otros tres proponentes. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que él firmó las respuestas dadas al **INVÍAS** sobre las coincidencias halladas por **SAHO** en donde manifiesta desconocer los motivos de las similitudes, toleró la conducta de **INCOEQUIPOS** y facilitó con su actuar el mantenimiento de la colusión y el consiguiente peligro latente sobre la competencia en la licitación bajo estudio.

La anterior responsabilidad no desvirtúa la posible existencia de más responsables, pues la imposición de una sanción en cabeza de una persona natural no agota la responsabilidad que puede predicarse de multiplicidad de personas. De igual forma, la existencia de otros

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

responsables tampoco exceptúa la procedencia de la sanción a una persona natural que colaboró y toleró la conducta investigada.

Por último, y respecto a la solicitud de **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**, para aplicar el principio de igualdad a su caso con base en la sugerencia de la Delegatura de no sancionar a **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA** de **PAVIANDINOS**, este Despacho considera que dicho principio sólo es aplicable sobre personas bajo la misma consideración jurídica y en situaciones de hecho análogas. Consecuentemente, las situaciones jurídicas y fácticas llevan a la inaplicabilidad del principio de igualdad en el caso de **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**.

Así, no es predicable asociar el comportamiento de **INCOEQUIPOS** al de **PAVIANDINOS** dentro de **VÍAS NARIÑO**; en la medida en que la representación de **VÍAS NARIÑO** estaba en cabeza del representante legal de **INCOEQUIPOS**, es decir, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la responsabilidad atribuida a **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA** se desarrolló en virtud de haber actuado en pro de la conducta reprochada a **PAVIANDINOS**, y que la Delegatura recomendó exonerar de toda responsabilidad a esta sociedad, no existen elementos fácticos que sustenten la sanción a una persona natural por presuntamente haber tolerado, facilitado, autorizado, ejecutado o colaborado una conducta que no se va a reprochar. Caso totalmente distinto es el de **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO**, cuya persona jurídica asociada, **INCOEQUIPOS**, no sólo se recomendó sancionarla, sino que fue señalada por la Delegatura como el instigador y ejecutor principal del acuerdo que sugieren reprochar.

Por esta situación, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** no está en la misma situación de hecho y de derecho de **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, imposibilitando la aplicación del principio de igualdad entre ellos.

7.5.7. Sobre la supuesta caducidad y aplicación del principio de favorabilidad

Comparte este Despacho las conclusiones de la Delegatura respecto a la caducidad de la capacidad sancionatoria de esta Entidad para sancionar las conductas reprochadas a los investigados.

En primer lugar, cuando se investigan conductas por objeto, se tiene que tener en cuenta el momento en que la conducta ya no puede llegar a materializarse en el efecto prohibido, para contar desde allí, como último instante de la potencialidad abstracta de la conducta que pudo llegar a causar el daño, el tiempo para que opere la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC**.

Ahora bien, esta imposibilidad de consumación puede darse por factores endógenos o exógenos a la voluntad del ejecutor. En el caso que nos ocupa el impedimento para la materialización del efecto de la conducta se debió a un factor exógeno a los investigados, pues dicho instante se materializó en el momento en el que el **INVÍAS** declaró desierto el proceso en el que los investigados se mantenían como oferentes coludidos para lograr la adjudicación en favor de uno de los cartelistas. Teniendo en cuenta lo anterior, la

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

caducidad de la facultad sancionatoria de esta Entidad se empieza a contar desde de la declaratoria de desierto del proceso, esto es, el 29 de julio de 2010⁴⁹.

En efecto, la conducta anticompetitiva en este caso no cesa con la simple presentación de las ofertas realizadas conjuntamente por los competidores, sino que se perpetúa en el tiempo mientras dichos competidores se mantienen como oferentes coludidos dentro de la licitación objeto de examen. Tan es cierto esto que el mantenimiento de las ofertas económicas de los varios proponentes coludidos con posterioridad a la presentación de las mismas es lo que finalmente hace que se incrementen las probabilidades de que al momento de la adjudicación uno de ellos termine favorecido, por lo que resultaría absurdo afirmar que el acto de la presentación de las ofertas inicia y termina la conducta colusora.

Por lo demás, aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas, sin que el mantenimiento de las mismas y la interacción con la Entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, llevaría a afirmar que si el contrato es adjudicado a uno de los cartelistas, la conducta inició y terminó con la presentación de las ofertas, pero posteriormente revivió al momento de la adjudicación para producir sus efectos. Una conducta sólo puede producir efectos cuando existe, y en el caso de las colusiones en licitaciones las conductas producen colusoras producen o no su efecto cuando se produce la adjudicación o la declaratoria desierta del proceso, para lo cual, por obvias razones, la colusión debe estar vigente en el momento de expedición de dichos actos administrativos.

En conclusión, es claro que la colusión en licitaciones –y en particular la ocurrida en el presente caso- es una conducta continuada o de tracto sucesivo, que inicia con la reunión entre competidores para acordar la presentación de ofertas falsamente competitivas, pasa por la presentación de dichas ofertas, el mantenimiento de las mismas ante la administración con el fin de asegurar el éxito de la estrategia, y culmina o bien con la declaratoria desierta del proceso (caso en el cual la conducta no produjo sus efectos), o bien con su perpetuación en el tiempo cuando el contrato es adjudicado a uno de los cartelistas, según el plan anticompetitivo.

Ahora bien, resta simplemente aclarar cuál es la norma aplicable sobre el tiempo que tiene esta Superintendencia para sancionar. En el caso de conductas continuadas se debe tener en cuenta el momento en que cesó la conducta anticompetitiva para desde allí empezar a contar el término de caducidad.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009 a partir del 24 de julio de 2009, todas las conductas restrictivas de la competencia que se ejecutaran o continuaran ejecutando para entonces serían sancionables de acuerdo al término establecido en el artículo 27 de dicha Ley:

"Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. *La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado."* (Negrilla fuera de texto)

⁴⁹ Folio 3090 del Cuaderno Publico No. 15 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Teniendo en cuenta lo anterior, y atendiendo a que esta circunstancia de hecho no permite aplicar el principio de favorabilidad en los términos solicitados por los investigados, el hecho de que la conducta aquí reprochada se mantuvo durante un año después de su entrada en vigencia con la presentación de las ofertas colusorias y el mantenimiento de las mismas ante la administración con el objetivo de lograr la adjudicación para uno de los cartelistas, la facultad sancionatoria de esta Entidad en el presente caso caduca 5 años después de la declaratoria de desierto del proceso, esto es, el 29 de julio de 2015, fecha en la cual la conducta perpetrada por los investigados cesó gracias a la intervención del INVÍAS.

7.5.8. Sobre la aplicación de una excepción legal por facilidades comunes

Han sostenido **PAVIGAS, ESTYMA, GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO y LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO** que las actividades del mandato celebrado con **INCOEQUIPOS** se acomodan a la excepción consagrada en el numeral 3 del artículo 49 del decreto 2153, es decir, consideran la colaboración prestada por esa sociedad como un procedimiento, método, sistema y forma de utilización de facilidades comunes entre los investigados, y por ello, estaría excluidos de responsabilidad administrativa en materia de competencia.

Frente a la excepción del numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, la **SIC** estableció, mediante Resolución 23890 de 2011, lo siguiente:

"Por último, de acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluir principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, concepto que no puede ser confundido con el de facilidad esencial al que ya se ha referido este Despacho en el presente acto administrativo, descartando su aplicación en el caso bajo estudio.

En efecto, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "común" hace referencia a una cosa "Que no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios" (Subrayado). De esta manera, se deduce que aquellas facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.

La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes."

En el presente caso, es evidente que no existe ningún bien o servicio que constituya una facilidad común, en la medida en que no hay ningún bien o servicio que deba ser utilizado de manera general por diversos actores en un mismo mercado sin pertenecer privativamente a alguno de ellos. Al no existir facilidad común en este caso no se puede predicar que existe un acuerdo de utilización sobre ella. Así, en el caso objeto de estudio cada proponente podía y debía actuar de forma independiente en la presentación de sus ofertas, sin que pueda afirmarse que el acuerdo entre ellos para actuar de forma mancomunada en el proceso constituya un acuerdo para utilizar una facilidad común.

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Por lo anterior, las afirmaciones de excepción de los investigados mencionados no sólo desconocen el fin mismo de la norma alegada, sino que llevan a la inaceptable conclusión de que una colusión en licitaciones es legal de acuerdo con el régimen colombiano.

7.5.9. Sobre la culpabilidad y la responsabilidad objetiva

De cara a las afirmaciones de algunos investigados en el sentido de atribuir al juicio de responsabilidad elaborado por la Delegatura en su Informe motivado el carácter de objetivo, este Despacho considera que la interpretación de la responsabilidad aplicable a los casos por prácticas restrictivas de la competencia que el Consejo de Estado desarrolla en el caso de ANDEVIP⁵⁰, debe ser más profunda que la simple consideración de que está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Sobre la responsabilidad aplicable a casos de acuerdos de precios o carteles, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

“Visto lo anterior, observa la Sala que la parte demandante (la SIC) incurre en un error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situaciones no es objetiva, sino subjetiva, bajo el entendido de que no basta sólo con la existencia del acuerdo.

Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor

Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios -sea cual sea su naturaleza- es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio- y que dicho sea de paso, no demostró-, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios

(...)

Lo dicho además descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por <<objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios>>”

Así las cosas, el Consejo de Estado reconoce que es improcedente la aplicación de responsabilidad objetiva para este tipo de caso, pero a su vez confirma que las conductas catalogadas en el Decreto 2153 establecen un claro componente subjetivo en el tipo, que de encontrarse demostrado elimina cualquier noción objetiva de la responsabilidad.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Para este caso particular, la norma establece que están prohibidos los acuerdos que *"tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos (...)"*. Este elemento subjetivo de la responsabilidad se demuestra a través de cualquier medio probatorio, bien sea gracias a una prueba directa o por indicios no desvirtuados.

Así las cosas, la **SIC** debe demostrar la existencia del acuerdo y que el mismo tuvo como potencialidad u objeto la colusión en el proceso de selección estudiado. Lo anterior, sin que en ningún momento se deba demostrar la intención de los agentes.

Por lo motivos expuestos, el Despacho concuerda con lo afirmado por la Delegatura en el sentido de que *"basta con que los sujetos adelanten actos preparativos de los que se desprenda, en un análisis abstracto, que la conducta está encaminada potencialmente a generar el daño al bien jurídico tutelado"*. En otras palabras, lo importante al analizar si una conducta tiene por objeto la materialización de un daño a la competencia, es lo que puede observarse de la conducta de los agentes en forma abstracta, esto es, eliminando cualquier juicio coyuntural o exógeno del actuar, para definir si tendría la potencialidad de causar el efecto proscrito por la Ley.

Así las cosas, y como lo adelantó la Delegatura en su Informe Motivado, la conducta de los investigados dejó entrever la existencia de un acuerdo entre ellas para lograr la adjudicación de la licitación del **INVÍAS**. De igual forma, se tiene demostrado que la conducta de los investigados no es propia de un supuesto asalto de su buena fe, sino de un desarrollo consiente de ellos para que el resultado obtenido, en el que terminó elegido **GISAICO**, se mantuviese hasta el último momento.

Todas las pruebas en el presente caso dejan claro que existió una colusión en una licitación pública que tenía por objeto la adjudicación del contrato a alguno de los proponentes que a su vez era parte en el cartel. La finalidad de dicha conducta era perjudicar el proceso competitivo, y con ello, a la entidad contratante y demás proponentes participantes (**SAHO**), evidenciándose el elemento subjetivo de la conducta contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, tal y como lo exige el Consejo de Estado.

Ahora bien, pese a no ser necesaria la demostración de la intención de las partes, la conducta misma desplegada por los investigados dejan ver cuál era su verdadera intención, la cual, tal y como lo demostró la Delegatura y lo recapituló este Despacho, es totalmente opuesta a la de un agente en competencia con verdaderas intenciones de competir y hacerse con el contrato en contienda.

7.5.10. Sobre la cadena de custodia de las evidencias obrantes en el expediente

Al igual que lo sostuvo la Delegatura, este Despacho encuentra infundadas las observaciones presentadas por **PAVIGAS** respecto de la presunta ruptura de la cadena de custodia de las pruebas obrantes en el Expediente, por las siguientes razones:

PAVIGAS sostiene que un informe de policía judicial reconoció la inexistencia de cadena de custodia sobre los elementos de prueba obrantes en el expediente. Esta afirmación es relativamente cierta al caer en una falsedad por la descontextualización de los hechos.

Es cierto que existe un dictamen de la DIJIN en el que se menciona que los documentos allegados a ella no cuentan con cadena de custodia, pero dicho informe tiene su origen en una solicitud del **INVÍAS** previo al adelantamiento de los trámites en **FISCALÍA** y esta

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Superintendencia. Por lo anterior, cuando llegan una serie de documentos a la DIJIN para emitir un concepto técnico sobre las similitudes halladas en las propuestas de los investigados, la DIJIN, que está acostumbrada a actuar dentro de trámites penales, cumple con el protocolo de mencionar que los documentos que le allegaron –sin saber si son en original o copia- carecen de cadena de custodia y noticia criminal. Lo anterior resulta obvio, cuando la solicitud del **INVÍAS** parte de una colaboración interadministrativa de esa entidad con la DIJIN y no de un procedimiento en sede de **FISCALÍA**.

Así las cosas, la Delegatura acertadamente expone en su Informe Motivado las diferentes actuaciones que se adelantaron por los hechos aquí estudiados, con miras a ilustrar a los investigados sobre el contexto fáctico de la emisión de ese dictamen, pues sólo entendiendo la cronología y autonomía de los procedimientos adelantados en **INVÍAS**, **FISCALÍA** y la **SIC**, es posible interpretar el genuino alcance del dictamen pericial No. 20102749 / ACRIM-DIJIN-76.1⁵¹ suscrito por CARLOS EDUARDO DURÁN MÉNDEZ, Técnico Profesional de Documentología de la DIJIN.

Tal dictamen señaló:

*“Inicialmente se procede a verificar la solicitud y el material allegado para estudio encontrando que los mismos carecen de noticia criminal, proceso, radicado, sumario o investigación disciplinaria, sumado a ello los EMP y/o EF, (**cinco carpetas**) aportados para el análisis no se allegan con el correspondiente rotulo (sic) y cadena de custodia, factores fundamentales para la realización de los informes de laboratorio, toda vez que estos (sic) son los que brindan la legalidad, la mismicidad (sic) y preservación de las evidencias; y a su vez son los que garantizan la prueba ante un estrado judicial.*

(...)

... [E]l presente informe es de carácter general no tiene valides (sic) como prueba pericial y que el mismo no puede ser presentado ante las entidades estatales, judiciales, administrativas y disciplinarias, hasta tanto no se instaure la correspondiente denuncia penal, se efectuó (sic) el diligenciamiento de los rótulos y la correspondiente cadena de custodia, para que estos tengan efecto como evidencia dentro de una posible investigación...”

Como se evidencia de la literalidad del informe, los esfuerzos de la DIJIN atienden a que ellos no pueden comprobar la cadena de custodia de los documentos remitidos a ellos por el **INVÍAS**. Mientras que los documentos obrantes en el presente expediente fueron remitidos directamente por la **FISCALÍA**, quien obtuvo la información a través de las respectivas diligencias adelantadas en el trámite penal archivado, y no por medio de una remisión de la DIJIN de los documentos que **INVÍAS** les envió. Por lo anterior, no es posible atribuirle la ausencia de cadena de custodia de los documentos remitidos por **INVÍAS** a la DIJIN, a los aquí obrantes por vía de las actuaciones de la **FISCALÍA** en su respectivo trámite.

De igual forma, la figura de la cadena de custodia cumple unas funciones específicas en el trámite penal que no la hacen plenamente aplicable a trámites administrativos. Sobre la cadena de custodia afirmó la Delegatura:

⁵¹ Folios 1109 a 1112 del Cuaderno No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

"Una última consideración cabe hacer en relación con la nulidad que se estudia, el concepto de cadena de custodia ha sido plenamente desarrollado en el ámbito procesal penal, el artículo 268 de la Ley 600 de 2000 (antiguo Código de Procedimiento Penal) la define como una serie de protocolos que buscan garantizar "la autenticidad de los medios probatorios, acreditando su identidad y estado original, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos, así mismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio"⁵².

Por lo expuesto, la figura de la cadena de custodia es la traducción penal de la necesidad de autenticidad de los medios de prueba para poderlos allegar a un Juez que no conoce de la etapa instructiva y requiere que en el proceso adversarial lleguen medios de prueba que sean auténticos. Consecuentemente, y atendiendo a que la autenticidad de las pruebas obrantes en el expediente está garantizada por la remisión de la **FISCALÍA**, y las diferentes diligencias por ella adelantada, no hay lugar a descartar el material probatorio que sirve de base para la decisión que en esta Resolución se adopta.

Por lo demás, en ningún momento los investigados han tachado de falsas las pruebas que contra ellos se han allegado en este expediente, y mucho menos han probado dicha situación, siendo tal procedimiento el adecuado en materia administrativa para desconocer la autenticidad de un medio de pruebas documental empleado en el curso de un trámite administrativo.

7.6. Imputación de responsabilidad

Teniendo en cuenta las afirmaciones hechas por la Delegatura, y las observaciones de los investigados atendidas por este Despacho, sólo resta hacer referencia a la responsabilidad que le cabe a cada uno de los investigados por la celebración de un acuerdo con objeto colusorio con ocasión del proceso **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantado por el **INVÍAS**.

7.6.1. Personas Jurídicas investigadas

Después de haber explicado la forma en que se produjo una colusión en licitaciones en el proceso **LP-SGT-GPD-042-2009**, y de haber presentado las pruebas que muestran la participación de cada oferente en el ilícito (coincidencias en las ofertas que presentaron, interacciones económicas para favorecer un proponente, etc.), este Despacho realizará algunas anotaciones adicionales sobre el grado de responsabilidad de cada investigado frente a la conducta imputada en la Resolución de apertura.

Frente a **INCOEQUIPOS**, la Delegatura manifestó que manejaba *"un esquema de "gana gana"; pues con el manejo de información privilegiada respecto a las ofertas de otros tres proponentes, estaba en capacidad de formular una oferta óptima para la consecución del contrato; y en caso de no lograr la adjudicación, beneficiarse de las utilidades que el suministro de material de su planta asfáltica le podría brindar"*.

De las pruebas obrantes y citadas a lo largo de esta Resolución, es claro para este Despacho que el acuerdo restrictivo a sancionar nace y se centra en **INCOEQUIPOS**, quien aprovechándose de los acercamientos que pudo hacer con cada uno de los investigados por

⁵² LEY 600 DE 2000, artículo 288.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

asuntos comerciales, logró orquestar la consolidación de una estrategia óptima para lograr la adjudicación de la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** a uno de los coludidos.

Respecto al segundo miembro del consorcio **VÍAS NARIÑO**, es decir **PAVIANDINOS**, este Despacho concluye que no le asiste responsabilidad, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

Es claro que quien pertenece a un consorcio no sólo es responsable contractualmente con la Entidad pública al momento de presentar su oferta, en los términos establecidos por las normas de contratación, sino también es responsable de toda infracción a las normas jurídicas con su actuar se produzcan. Por lo anterior, el debido cuidado de un agente en el mercado se predica sobre la oferta que a nombre de él se presenta, sin que sea viable argumentar el haber simplemente "prestado la firma" para que la misma se presentara para poderse exonerar de la comisión de una conducta anticompetitiva.

Sin perjuicio de lo anterior, para este Despacho también es claro que cuando en el acervo probatorio consta que el convenio reprochado fue adelantado **de forma secreta por parte de uno sólo de los miembros del consorcio** con los demás proponentes investigados, - lo cual es reconocido en este caso por parte de todos los demás investigados-, y sin que le hubiese sido posible al proponente conocer tal conducta ilegal, se desvirtúa la responsabilidad inherente del consorciado **siempre y cuando por su condición de consorciado no conoció o debió conocer las acciones adelantadas por su consorciado.**

Al respecto sostuvo la Delegatura que *"[v]ale la pena resaltar, a esta altura, lo ya planteado respecto a la ausencia de responsabilidad de **PAVIANDINOS** y **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, pues como se manifestó, él es responsable del contenido de la oferta planteada por el consorcio independientemente de su participación en la confección de la misma, como parte de la diligencia de que debe tener un agente económico que participa de un proceso competitivo; pero no resulta transmisible esa responsabilidad a las actuaciones paralelas de su consorciado respecto a las actividades de colaboración que presto con otros tres proponentes. Lo anterior, expresamente manifestado por cada uno de los investigados a lo largo de toda la actuación"*.

Así, teniendo en cuenta que fue su consorciado quien secretamente realizó todas las actuaciones que constituyen la comisión de una práctica restrictiva de la competencia en el presente caso, este Despacho considera que es procedente acoger la recomendación de la Delegatura en el sentido de exonerar a **PAVIANDINOS** y **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCÍA**.

Respecto a **GISAICO**, la Delegatura sostuvo, y este Despacho concuerda con dicha posición, que *"fue el beneficiario de la estructura colusoria orquestada bajo la batuta de **INCOEQUIPOS**, pues como se vio en la parte motiva del presente informe motivado, el primer lugar de elegibilidad que consiguió en el orden de elegibilidad sólo podía mantenerlo con la participación de las ofertas económicas de los demás investigados. De ahí que no corrió el riesgo de ventilar el argüido mandato ante la autoridad competente, so pena de perder quienes lo posicionaban en la opción primaria de adjudicación"*.

Por lo anterior, para este Despacho es claro que **GISAICO**, además de participante directo en la colusión fue siempre el gran beneficiario inicial de la colusión (es decir, sería el adjudicatario del contrato), situación demostrada a través de la actitud complaciente de todos

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

los investigados frente a su posición privilegiada en el orden de elegibilidad. Lo anterior, sumado a la multiplicidad de contradicciones entre su versión del acuerdo con la de **INCOEQUIPOS**, llevan a la clara conclusión de la consiente participación de **GISAICO** en el acuerdo colusorio.

Frente a **ESTYMA** y **PAVIGAS**, la Delegatura sostuvo que *"si bien ellos no manifestaron la independencia al ser confrontados inicialmente, sí dejaron con su silencio un manto de duda sobre las explicaciones a la serie de coincidencias encontradas. Por lo anterior, no puede predicarse la ausencia de responsabilidad administrativa de estos dos agentes en cuanto, al igual que **GISAICO**, con su silencio predecesor a la confrontación originario respecto a las similitudes encontradas entre las ofertas, simplemente dejaron que ese curso causal creado por su actuar irresponsable de poner en manos de otro proponente sus ofertas económicas, y su participación en el proceso; siguiera ejecutándose con miras a afectar el bien jurídico que se protege"*. Así, frente a las coincidencias entre las propuestas de lo oferentes, que por sí mismas muestran una estrategia mancomunada para manipular la licitación pública que hoy es objeto de análisis, **ESTYMA** y **PAVIGAS** no presentaron ninguna explicación razonable que desvirtuara el actuar mancomunado de los investigados.

Valga la pena adicionar a la conclusiones de la Delegatura, que **PAVIGAS** manifestó expresamente, al ser confrontado por el **INVÍAS**, que *"no tiene ningún acuerdo, contrato o convenio con alguno de los participantes dentro del proceso de la referencia"*; **negación** y no silencio sobre la existencia del mandato.

Así las cosas, y bajo la irracionalidad del comportamiento de **ESTYMA** y **PAVIGAS** respecto a un supuesto de competencia adoptado como modelo, es claro para este Despacho que estos dos investigados hicieron parte del acuerdo colusorio que dejó a **GISAICO** en el primer orden de elegibilidad en el proceso bajo estudio.

Así las cosas, resulta probado que **INCOEQUIPOS**, **ESTYMA**, **PAVIGAS** y **GISAICO** actuaron bajo un acuerdo restrictivo de la competencia dentro del proceso de licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantado por el **INVÍAS**, con el fin de optimizar sus posibilidades de resultar adjudicatarios con base en la ventaja que tenían sobre los proponentes independientes, al haberse puesto de acuerdo en el precio y demás condiciones de competencia que determinaban la adjudicación del contrato correspondiente a la licitación. De esta forma, y al no haberse podido materializar el acuerdo colusorio en la efectiva adjudicación del contrato, infringieron lo preceptuado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en la medida en que celebraron un acuerdo cuyo objeto era la colusión en el proceso mencionado.

Ahora bien, respecto la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, dicha disposición se comporta como una norma general de protección de la competencia que contiene, atendiendo al bien jurídico tutelado general que protege, todas las prohibiciones particulares que el régimen prohíbe y tipifica en el Decreto 2153 de 1992, sin que se agote con ellas. Es decir, la comisión de las conductas prohibidas por los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 constituye una violación a la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, pero no todas las prácticas anticompetitivas sancionables por vía de ese artículo, están tipificadas en el Decreto 2153 mencionado.

Al respecto ha expuesto esta Superintendencia:

“Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones”

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

“El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963 establece que:

“ARTÍCULO 1. Modificadó. Decreto Especial 3307 de 1963, Art. 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”.

La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado⁵³. De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que ésta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia sin excluir los expresamente descritos por la ley.

Lo anterior no implica que una violación a la prohibición general también implique de inmediato la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero no haber sido incluida en la lista de conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992⁵⁴.

En conclusión, la conducta asumida por **INCOEQUIPOS, ESTYMA, PAVIGAS y GISAICO** se traduce en un acuerdo cuyo objeto era la colusión dentro de la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009**, que a la vez se proscribe por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, pues la ventaja competitiva obtenida al compartir información sensible y determinante para la adjudicación del contrato, alteró las condiciones de competencia en las que podría participar cualquier otro proponente y se constituye en una práctica, procedimiento o sistema que tiende a limitar la libre competencia en ese proceso licitatorio.

7.6.2. Personas Naturales investigadas

Teniendo en cuenta la posibilidad que existe en los mercados de crear personas jurídicas como vehículos comerciales que reciben la responsabilidad de las conductas que sus representantes, directivos, empleados o en general cualquier persona vinculada, las normas sobre protección de la competencia previeron la posibilidad de sancionar no sólo al vehículo

⁵³ Ver Resoluciones Nos. 6839 de 2010 y 65477 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁵⁴ SIC Resolución No. 53403 de 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

comercial infractor, sino a aquellas personas que, ejecutan, colaboran, toleran, facilitan o autorizan la conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia.

Debido a ello, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009⁵⁵, establece en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio la facultad de imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

Así mismo, y atendiendo a que la conducta reprochada a las personas que ejecuten, faciliten, colaboren, toleren, etc. está correlacionada con la comisión de las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, no es posible que exista una sanción a un facilitador, si no existe un agente de mercado sancionado por la comisión del tipo administrativo proscrito. En este sentido esta Superintendencia ha señalado que:

"(...) para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen"⁵⁶.

En el presente caso se tiene que las personas naturales investigadas eran quienes actuaban con la vocería de las personas jurídicas imputadas, y por ello, al momento de ser encaradas por el **INVÍAS**, fueron las personas naturales investigadas las que por medio de sus acciones ejecutoras, facilitadoras y en algunos casos tolerantes de los hechos denunciados, hicieron que el acuerdo se materializara y permitieron que el mismo se mantuviera hasta el último momento en el que **INVÍAS** decidió declarar desierto el proceso.

Ahora bien, como consecuencia natural de lo expuesto a lo largo de esta Resolución, este Despacho no sancionará a **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, teniendo en cuenta a la ausencia de responsabilidad de **PAVIANDINOS** en el presente acuerdo colusorio por objeto.

Así las cosas, pasa este Despacho a describir la conducta desplegada por cada una de las personas naturales investigadas y la incidencia de su conducta en la materialización del acuerdo colusorio imputado.

JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO fungió como representante legal de **VÍAS NARIÑO**, firmando la propuesta presentada que sirvió para la ejecución de la estrategia colusoria planeada entre **INCOEQUIPOS**, **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO** y así lograr la adjudicación del contrato en cabeza de este último.

Del mismo modo, y como lo confirmó a través de su interrogatorio, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** reconoció haber conocido con posterioridad los acuerdos celebrados

⁵⁵Ley 1340 del 24 de julio de 2009. ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES. *"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 8307 del 28 de marzo de 2003.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

entre **INCOEQUIPOS** y **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO**, y aun así, se prestó para mantener la apariencia de competencia entre los proponentes investigados a través de las respuestas que ofreció al **INVÍAS** al ser interrogado sobre las coincidencias halladas por esa entidad.

En mérito a lo expuesto, **JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO** facilitó y toleró la conducta colusoria desplegada por **INCOEQUIPOS**, **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO**.

En cuanto a **DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO**, se tiene demostrado que firmó la propuesta presentada por **GISAICO**, la cual iba a ser beneficiaria de la estructura colusoria ejecutada con **INCOEQUIPOS**, **ESTYMA** y **PAVIGAS**.

Así mismo, en su condición de representante legal de **GISAICO**, reconoció los acercamientos con **INCOEQUIPOS** que permitieron la estructuración del acuerdo colusorio y se prestó para mantener la apariencia de competencia entre los proponentes investigados a través de las respuestas que ofreció al **INVÍAS** al ser interrogado sobre las coincidencias halladas por esa entidad.

En mérito a lo expuesto, **DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO** facilitó, y toleró la conducta colusoria desplegada por **INCOEQUIPOS**, **PAVIGAS**, **ESTYMA** y **GISAICO** y ejecutó en particular la de esta última.

Por su parte, **LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO** facilitó la comisión de la conducta anticompetitiva de **PAVIGAS** al omitir una debida vigilancia sobre la propuesta que firmó y los contactos adelantados con **INCOEQUIPOS**, información que debió conocer en condición de representante legal de **PAVIGAS** y representante firmante de la propuesta que presentó al **INVÍAS**.

Así mismo, **LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO** se prestó para mantener la apariencia de competencia entre los proponentes investigados a través de las respuestas que ofreció al **INVÍAS** al momento de ser interrogado sobre las coincidencias halladas por esa entidad. Por esto, se evidencia también una conducta tolerante frente a la defraudación de la competencia que se llevó a cabo **INCOEQUIPOS**, **ESTYMA**, **PAVIGAS** y **GISAICO**.

Por último, **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** firmó la propuesta presentada por **ESTYMA**, la cual complementó la estructura colusoria ejecutada por **INCOEQUIPOS**, **PAVIGAS** y **GISAICO**. Así mismo, en su condición de representante legal de **ESTYMA** reconoció los acercamientos con **INCOEQUIPOS** que permitieron la estructuración del acuerdo colusorio y se prestó para mantener la apariencia de competencia entre los proponentes investigados a través de las respuestas que ofreció al **INVÍAS** al ser interrogado sobre las coincidencias halladas por esa entidad.

En mérito a lo expuesto, **GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO** facilitó, y toleró la conducta colusoria desplegada por **INCOEQUIPOS**, **PAVIGAS**, **GISAICO** y **ESTYMA** y ejecutó en particular la de esta última.

7.7. Dosificación de la sanción

Si bien la norma trae consigo una serie de criterios que deben tenerse en cuenta para la dosificación de las sanciones, tanto a personas jurídicas como personas naturales, este Despacho aplicará también algunos criterios propios para lograr la proporcionalidad requerida en las decisiones de la administración.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

7.7.1. Personas Jurídicas investigadas

Procede este Despacho a dosificar las sanciones a cada uno de los investigados sobre los cuales ha encontrado responsabilidad por la violación de las normas de libre competencia.

En primer lugar, este Despacho tendrá en cuenta, como un factor de atenuación, el hecho de que la colusión en la licitación pública finalmente no fue exitosa, por lo cual no produjo el principal efecto en el mercado, como era lograr la adjudicación del contrato en favor de **GISAICO**. Esto coincide con la conclusión tanto de la Delegatura como del Despacho en el sentido de que en el presente caso ocurrió una colusión en licitaciones por objeto.

Ahora bien, este Despacho también tendrá en cuenta que el efecto no se materializó debido a un factor exógeno a las investigadas (como fue la denuncia de **SAHO** y la posterior actuación del **INVÍAS**), y no a que los investigados hubiesen cesado su conducta, la cual mantuvieron hasta el momento mismo en que se declaró desierta la licitación.

Por otra parte, tendrá en cuenta el Despacho que las investigadas coludieron en un proceso de contratación pública cuyo valor era de CINCO MIL TRECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (5.399'964,907 MCTE), y que tenía por objeto contratar *"RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA CIRCUNVALAR GALERAS SECTOR SANDONÁ CON UNA LONGITUD DE 5,40 KILÓMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO"*.

También se tendrá en cuenta que el impacto de la colusión en procesos de selección pública (*"bid rigging"*), constituye una práctica en extremo nociva para el Estado, pues como lo ha manifestado la OECD⁵⁷ en sus *"Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas"*:

"El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas.⁵⁸ Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo."

Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado *"Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia"*. En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.⁵⁹

⁵⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

⁵⁸ Cita dentro de la Cita: *"En los países de la OCDE, las adquisiciones públicas representan cerca de 15 por ciento del PIB. En muchos países no miembro de la Organización, la cifra es incluso mayor, Véase OCDE, Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures, 2007."*

⁵⁹ Cfr. OCDE, *"Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia"*, Página 9 *"It is widely recognised that government procurement authorities are often victimised by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central*

RESOLUCIÓN NÚMERO 8 3 0 3 7 DE 2014 Hoja No. 105

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado.

De otro lado, teniendo en cuenta que por tratarse de una conducta por objeto, que desembocó en la declaratoria de desierto del proceso de selección, es necesario afirmar que la misma no se concretó en un beneficio económico particular.

En lo relacionado con el grado de participación de las personas jurídicas investigadas, este Despacho desarrolló a lo largo de la presente Resolución la forma en que cada uno de los investigados participó en el proceso de selección de la referencia. Es importante anotar que todos fueron partícipes de la colusión en licitaciones públicas, pero que el instigador, y agente colusor primigenio y primordial fue **INCOEQUIPOS**, quien se encargó de congregar y poner en marcha material e intelectualmente el acuerdo reprochado. Por lo dicho, deberá reflejarse este rol en la dosificación de su sanción, la cual deberá ser superior a las de las otras 3 personas jurídicas sancionadas.

En cuanto a **GISAICO**, su posición ganadora y la serie de inconsistencias en sus argumentos sobre la existencia del mandato, dejan entrever que su participación no debe ser calificada como pasiva, sino que cumplió un rol activo fundamental para la consecución del fin acordado, como era la adjudicación del contrato. Por esta razón, **GISAICO** deberá ser sancionado con criterios de dosificación más beneficiosos que en el caso de **INCOEQUIPOS**, pero más gravosos que **PAVIGAS** y **ESTYMA**.

En cuanto a **PAVIGAS** y **ESTYMA**, si bien su participación fue fundamental para el equilibrio de la estrategia restrictiva de la competencia, su rol no fue de instigación, razón para que sean sancionadas en una menor porción que a **GISAICO** e **INCOEQUIPOS**.

La conducta procesal de los investigados fue un asunto delicado a lo largo del presente trámite, pues en ejercicio de la práctica de algunos interrogatorios se confundió el uso de la palabra para solicitar la aclaración de respuestas o preguntas formuladas por la Delegatura, con un ring jurídico que afectó el cabal fluir de las diligencias, pese a que dichas situaciones ya se habían enunciado en otras diligencias o por medio de sendos memoriales.

Adicionalmente, el Despacho deja constancia de las constantes interrupciones a la Delegatura en desarrollo de diligencias de interrogatorio⁶⁰, la respuesta de apoderados cuando se preguntaba a investigados y el tono desobligante de los reclamos jurídicos que pretendían hacer valer en ejercicio de la defensa técnica que les fue encomendada.

Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organisations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

⁶⁰ Ver folios 2986, 2988, 2992, 2997, 2999, 3002, 3093, 3095, 3097, 3099, 3101, 3103 y 3106 de los Cuadernos Públicos No., 15 y 16 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

De igual forma, se resalta la interposición de recursos y solicitudes de aclaraciones evidentemente improcedentes y contrarias a la Ley donde **INCOEQUIPOS** buscaba la dilación innecesaria del trámite administrativo.

La conducta procesal asumida por **INCOEQUIPOS**, **ESTYMA** y **GISAICO** durante la etapa instructiva del presente trámite deja de lado el decoro profesional que deben informar las relaciones entre las autoridades públicas y quienes representan los intereses de las empresas. No debe olvidarse que es un deber del abogado actuar con mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos⁶¹, cuestión que tradicionalmente, y en especial en los procedimientos de protección de la competencia, ha predominado en la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por las anteriores razones, la conducta procesal de los investigados **INCOEQUIPOS**, **ESTYMA** y **GISAICO** no puede ser un factor de reducción de la sanción a imponer en el caso concreto.

Por lo demás, debe este Despacho resaltar la lealtad procesal y altura jurídica que mantuvo **PAVIANDINOS** a lo largo del presente trámite, quien sin dejar de lado el ejercicio férreo de su defensa, siempre fue respetuoso, conciso, claro y puntual, para no llegar a entorpecer el trámite administrativo con volúmenes de memoriales insistentes, evidentemente improcedentes y repetitivos sobre los asuntos jurídicos que pretendía debatir. Lo anterior se afirma pese a que **PAVIANDINOS** no es objeto de sanción por parte de este Despacho. En cuanto a la cuota de participación en el mercado relevante afectado, se debe tener en cuenta que el mismo la licitación en comento, por lo cual la cuota de los 4 investigados en el proceso es del 100% (4 de 4) de los proponentes presentados, habilitados y que superaron los límites exigidos.

En cuanto al patrimonio de los investigados este Despacho tendrá en cuenta que el patrimonio de los investigados a sancionar a corte 31 de diciembre de 2012 equivale a:

Investigado	Patrimonio
INCOEQUIPOS	\$ -16.947'149.746
PAVIGAS	\$ 7.223'269.315
ESTYMA	\$ 37.248'464.885
GISAICO	\$ 37.315'838.000

7.7.2. Personas Naturales investigadas

En conexión con las apreciaciones sobre dosificación expuestas en el numeral anterior, y teniendo en cuenta los criterios de dosificación de las multas a imponer, este Despacho analizó los siguientes elementos para establecer una multa a cada una de las personas naturales investigadas, con miras a satisfacer el criterio de proporcionalidad en las sanciones administrativas.

Como se expuso en la parte motiva de la presente resolución, la conducta con objeto restrictivo se mantuvo durante todo el tiempo que pasó entre el cierre del proceso y su declaratoria de desierto. Con lo anterior, se demostró una persistencia en la conducta de las

⁶¹ LEY 1123 DE 2007, Artículo 28, Numeral 7.

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 107

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

personas naturales hasta el momento que tuvo que ser la misma entidad contratante la que pusiera fin al riesgo creado por los investigados.

En cuanto al impacto de la conducta sobre el mercado, este Despacho se remite a lo dicho frente al impacto de la conducta al momento de analizar la dosificación de la sanción a las personas jurídicas.

En cuanto a los antecedentes de este tipo de conducta, este Despacho encuentra que las personas naturales sancionadas no han sido reticentes en la conducta que hoy se les reprocha.

Sobre la conducta procesal de los investigados, este Despacho tendrá en cuenta las mismas consideraciones señaladas para las personas jurídicas, en aquellos casos en que los apoderados de las personas jurídicas son coincidentes con la persona natural investigada. Pero adicionalmente tendrá en cuenta la conducta inicialmente reticente de **DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO** para atender el requerimiento de su declaración por medio de un interrogatorio de parte⁶².

Sobre la intervención de las personas naturales implicadas, este Despacho tendrá en cuenta los distintos grados de participación en la comisión del acuerdo anticompetitivo, manifestado en el numeral 7.6.2. de la presente Resolución, relativo a la responsabilidad de las personas naturales.

Por último, en atención a los criterios de proporcionalidad de la sanción a imponer, este Despacho tendrá en cuenta el grado de participación en el acuerdo colusorio que cada una de las personas jurídicas que representaron tuvo y el patrimonio líquido de las personas naturales sancionadas, este último como un criterio adicional no obligatorio por ley para el cálculo de la multa a imponer.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. –INCOEQUIPOS-**, identificada con NIT. 860.062.121-9, **GISAICO S.A. -GISAICO-**, identificada con NIT. 890.917.46-1, **ESTYMA S.A. –ESTYMA-**, identificada con NIT. 800.014.246-8 y **PAVIGAS S.A.S. –PAVIGAS-**⁶³, identificada con NIT. 804.003.244-0, actuaron en contravención a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al haber incurrido en un acuerdo con objeto colusorio que se traduce en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, en los términos establecidos en la parte motiva de la presente Resolución.

⁶² Ver folios 2993 y 2994 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

⁶³ Cambio de LTDA. a S.A.S. por medio de Acta de Junta Extraordinaria de Socios inscrita en Cámara de Comercio el 29 de septiembre de 2014 bajo el no. 121677 del Libro 9.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

En consecuencia, **IMPONER** las siguientes sanciones pecuniarias al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009:

- 1.1. A **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. - INCOEQUIPOS-** por valor de DOS MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.217'600.000), equivalentes a tres mil seiscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.600 SMMLV);
- 1.2. A **GISAICO S.A. -GISAICO-** por valor de MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.478'400.000), equivalentes a dos mil cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.400 SMMLV);
- 1.3. A **ESTYMA S.A. -ESTYMA-** por valor de MIL CIENTO DIECIOCHO MILLONES CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.118'040.000), equivalentes a mil ochocientos quince salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.815 SMMLV); y
- 1.4. A **PAVIGAS S.A.S. -PAVIGAS-** por valor de MIL CIENTO DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.112'496.000), equivalentes a mil ochocientos seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.806 SMMLV).

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

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

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO**, identificado con la C.C. 5.742.028, facilitó y toleró el acuerdo con objeto colusorio que implementó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a **LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO**, por valor de TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$30'800.000), equivalente a cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (50 SMMLV), al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 109

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

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

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que **JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO**, identificado con la C.C. No. 79.503.251, facilitó y toleró el acuerdo con objeto colusorio que implementó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a **JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO**, por valor de **DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$18'480.000)**, equivalentes a treinta salarios mínimos mensuales legales vigentes (30 SMMLV), al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

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

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

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que **DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO**, identificado con la C.C. No. 71.604.374, facilitó, ejecutó y toleró el acuerdo con objeto colusorio que implementó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a **DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO**, por valor de **CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$43'120.000)**, equivalentes a setenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (70 SMMLV), al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

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

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

ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR que **GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO**, identificado con la C.C. 8.273.572, facilitó, ejecutó y toleró el acuerdo con objeto colusorio que implementó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a **GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO**, por valor de **VEINTISÉIS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$26'640.000)**, equivalentes a cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 SMMLV), al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

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

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

ARTÍCULO SEXTO: DECLARAR que **PAVIMENTOS ANDINOS S.A. -PAVIANDINOS-**, identificada con NIT. 804.003.941-6, no actuó en contravención a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al no haber incurrido en un acuerdo con objeto colusivo que se tradujera en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SÉPTIMO: DECLARAR que **MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**, identificado con la C.C. 91.506.817, no actuó en contravención a lo dispuesto en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992,

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en desarrollo de la licitación **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**.

ARTÍCULO OCTAVO: ORDENAR a INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. -INCOEQUIPOS-, GISAICO S.A. -GISAICO-, ESTYMA S.A. -ESTYMA, PAVIGAS LTDA. -PAVIGAS-, LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO, DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO, GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO y JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A., GISAICO S.A. INGENIEROS CONTRATISTAS, ESTYMA S.A., PAVIGAS S.A.S., LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO, DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO, GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO y JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO,** informan que mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se les impuso una sanción haber incurrido en un acuerdo restrictivo de la competencia con objeto de coludir en la licitación pública Np. **LP-SGT-GPD-042-2009** adelantada por el **INVÍAS**, infringiendo en consecuencia lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (en el caso de las personas jurídicas) y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (en el caso de las personas naturales)".*

PARÁGRAFO: la publicación enunciada en el presente artículo deberá ser acreditada dentro de los 10 días hábiles siguientes a la firmeza del presente Acto Administrativo.

ARTÍCULO NOVENO: RECHAZAR por improcedente, el recurso de reposición presentado por **INCOEQUIPOS** de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO: NEGAR las solicitudes de nulidad presentadas por **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. -INCOEQUIPOS-, GISAICO S.A. -GISAICO-, DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO y FERNANDO JAVIER ROCHA PARRADO,** teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO DECIMOPRIMERO: NEGAR las solicitudes de declaratoria de caducidad presentadas por **GISAICO S.A. -GISAICO-, PAVIGAS S.A.S., LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO, JAVIER FERNANDO ROCHA PARRADO y DAIRO ALBERTO GARCIA,** teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO DECIMOSEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. -INCOEQUIPOS-, GISAICO S.A. -GISAICO-, ESTYMA S.A. -ESTYMA, PAVIGAS LTDA. -PAVIGAS-, PAVIMENTOS ANDINOS S. A. -PAVIANDINOS-, LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ CARDOZO, DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO, GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO, JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO y MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA,** entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 112

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

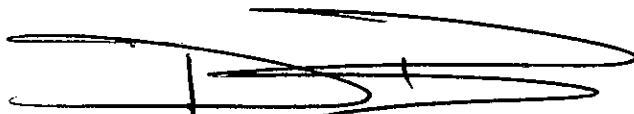
ARTÍCULO DECIMOTERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVÍAS-** entregándoles copia de la misma.

ARTÍCULO DECIMOCUARTO: 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.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **29 DIC 2014**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICACIONES:

INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A. –INCOEQUIPOS-

NIT. 860.062.121-9

Apoderado

Doctor

MAURICIO VELANDIA

CC. 79.506.193

TP. 84.143

Carrera 11A No. 94A-23/31

Bogotá D.C.

GISAICO S.A.

NIT. 890.917.464-1

Apoderado

Doctor

JAIME ROJAS LÓPEZ

CC. 7.553.575

TP. 81.729

Calle 52 No. 47-42 Piso Sexto Edificio Coltejer

Medellín

PAVIGAS S.A.S.

NIT. 804.003.244-0

Apoderado.

Doctor

LUIS MARIO COBOS MACÍAS

CC. 19.208.602

TP. 26.699

Calle 17 No. 4-68 Oficina 612 Edificio Proas

Bogotá D.C.

RESOLUCIÓN NÚMERO **83037** DE 2014 Hoja No. 113

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

ESTYMA S.A.

NIT. 800.014.246-8

Apoderada

Doctora

SANDRA MARÍA CUENCA LEGUÍZAMO

CC. 52.264.935

TP. 117.670

Calle 70A No. 4-24 Rosales

Bogotá D.C.

PAVIMENTOS ANDINOS S.A.

NIT. 804.003.941-6

Apoderada

Doctora:

CAROLINA SOTO MÉNDEZ

CC. 63.319.451

TP. 53.517

Calle 47 No. 29-33 Oficina 403

Bucaramanga

MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA

CC. 91.506.817

Apoderada

Doctora:

CAROLINA SOTO MÉNDEZ

CC. 63.319.451

TP. 53.517

Calle 47 No. 29-33 Oficina 403

Bucaramanga

GUILLERMO LEÓN ÁNGEL TORO

CC. 8.273.572

Apoderada

Doctora

SANDRA MARÍA CUENCA LEGUÍZAMO

CC. 52.264.935

TP. 117.670

Calle 70A No. 4-24 Rosales

Bogotá D.C.

LUIS EDUARDO ORDOÑEZ CARDOZO

CC. 5.742.028

Apoderado

Doctor

LUIS MARIO COBOS MACÍAS

CC. 19.208.602

TP. 26.699

Calle 17 No. 4-68 Oficina 612 Edificio Proas

Bogotá D.C.

DAIRO ALBERTO GARCÍA TRUJILLO

CC. 71.604.374

Apoderado

Doctor

JAIME ROJAS LÓPEZ

CC. 7.553.575

TP. 81.729

Calle 52 No. 47-42 Piso Sexto Edificio Coltejer

Medellín

RESOLUCIÓN NÚMERO 83037 DE 2014 Hoja No. 114

"Por la cual se imponen unas sanciones y se adoptan otras decisiones"

Radicación: 12-174085

VERSIÓN ÚNICA

JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO

CC. 79.503.251

Apoderada

Doctora.

OLGA LUCÍA RAMÍREZ DUARTE

CC. 53.166.440

TP. 174.105

Calle 111 No. 14-70 Apartamento 402

Bogotá D.C.

COMUNICAR:

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS-

NIT. 800.215.807-2

Director

CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTES

Carrera 59 # 26-60 - Edificio INVÍAS - CAN

Bogotá D.C.