

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 83037 DE
2014 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso Pavigas
Colusión en licitaciones públicas

Investigados:

***PAVIGAS LTDA., GISAICO S.A., ESTYMA S.A., PAVIMENTOS ANDINOS S.A.
e INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A., LUIS EDUARDO
ORDOÑEZ CARDOZO, DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO, GUILLERMO LEÓN
ÁNGEL TORO, JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO y MANUEL GUILLERMO
ARENAS GARCIA***

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 3 |
| 2. CONDUCTAS IMPUTADAS | 3 |
| 3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA | 4 |
| 4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA. | 6 |
| 5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA | 12 |
| 6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC | 14 |

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 83037 DE 2014 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso Pavigas

Colusión en licitaciones públicas

Investigados:

**PAVIGAS LTDA., GISAICO S.A., ESTYMA S.A., PAVIMENTOS ANDINOS S.A.
e INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A., LUIS EDUARDO
ORDOÑEZ CARDOZO, DAIRO ALBERTO GARCIA TRUJILLO, GUILLERMO LEÓN ÁNGEL
TORO, JAVIER FERNANDO ROCHA PARADO y MANUEL GUILLERMO ARENAS GARCIA**

1. Introducción

De acuerdo con lo señalado por la SIC la presente 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 penal. 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).

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución No. 61530 del 19 de octubre de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación y formuló pliego de cargos para determinar si **PAVIGAS LTDA., GISAICO S.A., ESTYMA S.A., PAVIMENTOS ANDINOS S.A.** e **INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A.**, 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 GARCIA 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.

3. Consideraciones de la Delegatura

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"), 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.

En efecto la SIC encontró que 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 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 contenido 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 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. Consideraciones de la Superintendencia sobre la existencia de colusión en licitaciones públicas.

Al 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**, la SIC señaló respecto de las personas jurídicas investigadas que:

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 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 el 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 *"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 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 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 los 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:

"El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963 establece que:

"ARTÍCULO 1. Modificado. 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 mercado. 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 1992.

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 proscribía 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.

Ahora bien, 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 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".

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 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.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso decidió:

“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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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, 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."*

6. Análisis y conclusiones

En este caso, la SIC determinó que 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 1992".

Para la SIC 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.

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 v 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*.

Proyectado por: Diego Guarín