

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN **№ 59025** DE 2020(**24 SEP 2020**)

Radicación: 16-223755

*"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"***EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 28751 del 16 de junio de 2020 (en adelante "Resolución No. 28751 de 2020"), la Superintendencia de Industria y Comercio archivó la investigación adelantada contra **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.** (en adelante "**CONSTRUCTORA CONCRETO**"), **INDUSTRIAL CONCRETO S.A.S.** (en adelante "**INDUSTRIAL CONCRETO**"), **VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.** (en adelante "**VINCI**"), **VÍA 40 EXPRESS S.A.S.** (en adelante "**VÍA 40 EXPRESS**"), **BENTON S.A.S.** (en adelante "**BENTON**") y **CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA** (en adelante "**CHINA GEZHOUBA**") en relación con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitación pública), en concordancia con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, archivó la investigación adelantada contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**), **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (Apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual) y **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** (Representante Legal de **BENTON**) por no encontrarse demostrado que incurrieron 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 relación con la imputación realizada a los agentes de mercado bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por su parte, archivó la investigación iniciada contra **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCRETO**, **VINCI**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS CONSTRUCTORES S.A.S.** (en adelante "**CASS**") por no encontrarse demostrado que incurrieron en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en relación con el presunto suministro y uso indebido de información en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante "**ANI**").

En este sentido, también archivó la investigación contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

CONSTRUCTORA CONCRETO), FELIPE ROCHA SILVA (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) y **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**) por cuanto no se encontró demostrado que hubiesen incurrido 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 relación con la imputación realizada a los agentes de mercado bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 28751 de 2020, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" o "CPACA"), **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** (en adelante "**CONALVIAS**"), tercero interesado reconocido dentro del presente trámite, interpuso recurso de reposición en el cual solicitó el decreto y práctica de algunas pruebas.

TERCERO: Que conforme lo establecido en el artículo 79 del CPACA, mediante Resolución No. 46826 del 12 de agosto de 2020 (en adelante "Resolución No. 46826 de 2020", "Resolución recurrida", "Resolución de pruebas" o "Resolución que rechazó pruebas") se rechazaron las pruebas solicitadas por **CONALVIAS**.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución No. 46826 de 2020 y de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con el artículo 76 del CPACA, **CONALVIAS** interpuso recurso de reposición contra la misma, con el fin de que se revocara parcialmente. Los argumentos expuestos se resumen a continuación:

4.1. Respecto de la declaración de GABRIEL EDUARDO DEL TORO BENAVIDEZ (Gerente de Contratación de la ANI)

- La prueba es pertinente y útil para demostrar la manera en que la **ANI** hubiese efectuado el análisis de las propuestas presentadas en el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** de haber conocido la presunta falsedad de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) y los efectos legales que se hubiesen generado, así como la manera en que hubiese cambiado el orden de elegibilidad de las propuestas.
- El objetivo de la solicitud de decreto y práctica de la declaración no buscó determinar la existencia de la falsedad de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) sino conocer qué hubiese hecho la entidad estatal en caso de haberlo sabido y el procedimiento que hubiese seguido.
- La prueba documental no supe per sé otro medio de prueba como lo es el testimonio, toda vez, que el testigo puede exponer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación con la elaboración de un documento.
- La prueba es útil para la Superintendencia ya que nadie más que el Director de Contratación de la **ANI** conoce las evaluaciones y procedimientos que realizaron sus funcionarios y las percepciones y análisis que pudieron hacer frente a la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

4.2. Respecto de la prueba consistente en oficiar a la ANI

- Los oficios requeridos a la ANI se encuentran en relación directa con el objeto de investigación, puesto que buscan demostrar "*puntos cruciales*"¹ que se dejaron por fuera de la Resolución No. 28751 de 2020.
- Los oficios solicitados buscan demostrar si existió una sobrevaloración en la propuesta presentada por el **ORIGINADOR**², lo cual conllevaría a afirmar si la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) se ajustó a las condiciones exigidas por la entidad estatal en el pliego de condiciones.
- El objetivo de conocer el monto invertido por la concesionaria en la ejecución del contrato "*apunta a indicar si en verdad la propuesta presentada por BENTON y CHINA GEZHOUBA se encontraba ajustada a las condiciones exigidas y ahora aplicadas por la ANI en la construcción de la obra, es decir, si la propuesta era artificialmente baja*"³.
- La certificación solicitada a la ANI busca probar que la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) fue artificialmente baja y que con el presupuesto presentado no era viable ejecutar la totalidad del contrato. Tal hecho corroboraría la existencia del acuerdo colusorio.

4.3. Respecto del peritaje técnico de JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO

- La prueba no es impertinente ni inútil toda vez que puede dar elementos de juicio para que el Superintendente de Industria y Comercio corrobore, desde el punto de vista financiero y estadístico, la forma en que se comportaron los proponentes dentro del proceso de selección, en particular la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).
- En ningún momento se ha pretendido extender la etapa probatoria, lo que se hizo fue, teniendo en cuenta la regla procesal vigente, solicitar la práctica de una prueba que no fue practicada por la Delegatura para la Protección de la Competencia en la etapa de investigación. Así, en la instancia de decisión y recurso de reposición puede ser decretada y practicada por quien está facultado para analizar la actuación de la Delegatura.
- No debe perderse de vista la primacía del principio de objetividad, conforme al cual la Autoridad debe investigar y decidir los argumentos "*que sirvan tanto para poder sancionar o absolver y no frente a una investigación donde la autoridad toma posturas de juez para rechazar o decretar pruebas*"⁴.

QUINTO: Que de conformidad con la normativa aplicable, este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el tercero interesado contra la Resolución que rechazó pruebas.

5.1. Competencia para resolver el recurso de reposición contra el acto que rechaza pruebas

El artículo 20 de Ley 1340 de 2009 establece que:

¹ 16223755—0107200002, página 4, contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente identificado con el radicado No. 16-223755 (en adelante "Expediente").

² Quien presentó la iniciativa del proyecto de Asociación Público Privada a la ANI.

³ 16223755—0107200002, página 4, contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente.

⁴ 16223755—0107200002, página 5, contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

"Artículo 20. Actos de trámite. Para 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 su parte el artículo 74 del CPACA dispone que:

"Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, **superintendentes** y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. (...). (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En consonancia con lo dispuesto en los artículos citados, si bien el acto que niega o rechaza pruebas no es un acto definitivo, la norma especial aplicable al procedimiento de prácticas restrictivas de la libre competencia es claro en establecer que dicho acto no es de trámite, motivo por el cual, frente a este, procede el recurso de reposición. De esta forma, si el recurso es interpuesto dentro del término legal correspondiente, el funcionario público que tomó la decisión que se recurre es quien estudia y decide el recurso, pudiendo aclarar, modificar, adicionar o revocar la decisión tomada.

Por ende, es competente el Superintendente de Industria y Comercio para conocer y decidir el recurso de reposición presentado por **CONALVIAS** frente a la decisión de rechazo de pruebas en el marco del trámite del recurso presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020.

5.2. Sobre los requisitos para el decreto de pruebas en las actuaciones administrativas sancionatorias

Conforme quedó establecido en el numeral **5.1.** de la Resolución recurrida, para que una prueba pueda ser decretada en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia, el funcionario competente está en la obligación de verificar los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad. De acuerdo con ese análisis se toma la decisión de decreto o no de la prueba solicitada.

Así las cosas, debe recordarse que el requisito de pertinencia se refiere a que la prueba debe recaer sobre los hechos que se encuentran en debate⁵, la conducencia a que el medio de prueba sea el idóneo para demostrar el hecho pretendido⁶ y la utilidad a que la prueba brinde certeza al director del proceso frente a los hechos que se encuentran en discusión o que determinado hecho no se encuentre ya probado o acreditado con otra prueba obrante en el Expediente⁷.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2015, Rad. 11001-03-28-000-2014-00111-00(S).

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2018, Rad. 51882, MP: Patricia Salazar Cuéllar y Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018, rad. 58657.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2018, Rad. 51882, MP: Patricia Salazar Cuéllar, Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de junio de 2015, Rad. 20.473, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018, rad. 58657.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

5.3. Consideraciones frente a los argumentos propuestos en el recurso de reposición presentado

5.3.1. Consideraciones frente a la prueba testimonial

El recurrente solicitó que la decisión de rechazo del testimonio de **GABRIEL EDUARDO DEL TORO BENAVIDEZ** (Gerente de Contratación de la **ANI**) sea revocada por cuanto la prueba (i) es pertinente y útil para demostrar lo que hubiese ocurrido dentro del proceso de selección, particularmente la forma en que se hubiese visto alterado el orden de elegibilidad de las propuestas y cuál hubiese sido el procedimiento agotado, de haber conocido la entidad estatal la presunta falsedad de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**); (ii) es útil porque es el Director de Contratación de la **ANI** quien conoce las evaluaciones, procedimientos y percepciones de sus funcionarios frente al análisis de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) y; (iii) busca que el testigo exponga las circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación con la elaboración de un documento, enfatizando en que la prueba documental no sule per sé el medio de prueba testimonial.

Como primera medida es importante referir que una prueba debe demostrar un hecho cierto y real. Es decir, un evento que haya acontecido. De esta manera, lo que se busca con la prueba solicitada es demostrar lo que hubiera ocurrido en el caso en que la **ANI** hubiese conocido de un supuesto delito. En otras palabras, ante una situación que no ocurrió, en la medida en que no fue verificada por la entidad estatal que adelantaba el proceso de selección, se busca establecer el hipotético caso en el que la **ANI** hubiese tenido que decidir qué hacer con la propuesta que hoy día, se alega contuvo una falsedad y los efectos que tal situación hubieran tenido frente al orden de elegibilidad en el proceso. Esta situación no ha sido confirmada por el juez competente hasta el día de hoy.

Así, de haber conocido el Gerente de Contratación de la **ANI** de la posible comisión de un delito por parte de un proponente en el marco del proceso de selección, este, conforme lo establecido en el artículo 67 de la Ley 906 de 2004⁸, habría procedido a denunciar tal situación a la autoridad competente.

Ahora bien, en la Resolución que rechazó pruebas se estableció que la prueba era impertinente, inconducente e inútil. Verificados los argumentos presentados por **CONALVIAS** y realizado nuevamente el respectivo análisis, para este Despacho no existe duda frente a que la prueba no reúne ninguno de los requisitos para ser decretada. Así, debe reiterarse que la prueba es impertinente por cuanto con ella se busca demostrar un hecho que no aconteció, es decir que es una situación hipotética, la cual no se busca probar en el presente trámite; inconducente por cuanto, si bien un servidor público puede deponer frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación con la elaboración de un documento, lo cierto es que el medio idóneo para probar lo que hubiese hecho la **ANI** en caso tal de haber advertido la comisión de un delito en una de las propuestas es el documental, a través de un acto administrativo que resolviera frente a tal situación e; inútil en la medida en que las circunstancias relacionadas con el trámite adelantado por la **ANI**, en relación con el proceso de selección contractual se encuentran lo suficientemente acreditadas en el presente trámite con la totalidad de documentos oficiales.

Conforme lo anterior, este Despacho confirmará el rechazo del testimonio de **GABRIEL EDUARDO DEL TORO BENAVIDEZ** (Gerente de Contratación de la **ANI**).

⁸ "Artículo 67. Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente".

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

5.3.2. Consideraciones frente a los oficios

Ahora, frente al segundo medio de prueba es importante recordar que **CONALVIAS** solicitó a este Despacho oficiar a la **ANI** con el fin de allegar al proceso los siguientes documentos:

- "En vista de las constates aseveraciones de la sobrevaloración del VPIP de mi representada, se solicite se oficie a la ANI (sic) para que allegue a este proceso los documentos de análisis elaborados por parte de los funcionarios de la ANI frente al VPIP presentado por CONALVIAS como el ORIGINADOR del proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016.
- El monto invertido por CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO y VINCI CONCESSIONS, en la construcción, el mejoramiento y la rehabilitación de la infraestructura existente de la Autopista Bogotá – Girardot en desarrollo del objeto del proceso de selección abreviada de menor cuantía VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016 y junto con la proyección de la inversión total para llevar a cabo la construcción y entrega de la obra.
- Certificación emanada por parte del funcionario competente de la ANI, en la cual se indique que con la propuesta presentada por parte de la ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO (conformada por BENTON y CHINA GEHOUBA) en el proceso de selección abreviada de menor cuantía se podría realizar y ejecutar la obra objeto de dicho proceso y actual contrato que ejecuta VINCCI (sic) y CONCRETO⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Con el fin de solicitar que se revoque la decisión de rechazo de estos oficios el recurrente estableció que estas pruebas están en relación directa con el objeto de investigación ya que busca demostrar hechos a los que no se hizo énfasis en la Resolución No. 28751 de 2020. Así, respecto del primero de los oficios se busca demostrar que existió una sobrevaloración económica en el valor de la propuesta presentada por **CONALVIAS**, situación que conllevaría a concluir que el valor presentado por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) se ajustó a las exigencias del pliego de condiciones. Frente al segundo oficio, este también busca probar si la propuesta presentada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** se adecuaba o no a los requerimientos de la **ANI**. En relación con el tercer oficio, se busca demostrar que la propuesta presentada por la estructura plural referida fue artificialmente baja, que con el presupuesto presentado no era viable ejecutar el contrato de concesión y, por ende, arribar a la conclusión de que, en efecto, existió un acuerdo anticompetitivo.

Frente a la solicitud de los "documentos de análisis elaborados por parte de los funcionarios de la ANI frente al VPIP presentado por CONALVIAS" reitera el Despacho que la prueba es impertinente e inconducente. Impertinente por cuanto el hecho que se busca probar con los documentos no se encuentra en debate, esto es la determinación de si la propuesta presentada por el **ORIGINADOR** estaba sobrevalorada o no. Recuérdese que el objeto de la presente investigación es "determinar si (i) **CONSTRUCTORA CONCRETO**", **INDUSTRIAL CONCRETO**, **VINCI**, **VÍA 40 EXPRESS**, **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** se coludieron en el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI** y (ii) **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCRETO**, **VINCI**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS** violaron la prohibición general de competencia al haber suministrado y utilizado utilizado (sic) de forma indebida información sensible". En concordancia con lo anterior, las opiniones o conceptos de los funcionarios de la **ANI** que intervinieron en la etapa de prefactibilidad y/o factibilidad del proyecto no son la prueba idónea para demostrar si el VPIP presentado por el **ORIGINADOR** del proyecto estaba sobrevalorado.

En relación con el segundo oficio, el cual tiene que ver con el monto invertido por la concesionaria en la etapa de ejecución del contrato, debe reiterarse que los hechos objeto de investigación acontecieron durante la etapa precontractual, es decir, en el marco del proceso de selección que

⁹ Folio 10426R del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 73 y 74).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

dio origen al contrato de concesión. Así las cosas, escapa el ámbito de competencia y, por ende, de investigación de esta Entidad lo que esté ocurriendo en este momento en la etapa de ejecución del contrato. En tal sentido, la prueba es impertinente. Igualmente, la prueba es inconducente por cuanto realmente el solicitante no estableció cuál es el documento que requiere se solicite e incorpore al Expediente.

Por último, frente a la certificación que indique que con el valor de la oferta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEHOUBA**) se hubiera podido ejecutar el contrato de concesión, el Despacho enfatiza en que la prueba es impertinente por cuanto busca probar un hecho que no hace parte del debate en el presente trámite. Estaríamos ante otro tipo de responsabilidad y consecuentemente, en otra discusión, en caso tal que este proponente hubiese sido adjudicatario del contrato y con el valor de la propuesta no le hubiera sido posible ejecutar el contrato. Igualmente, la prueba es inconducente por cuanto no es una certificación de la **ANI** el documento idóneo para demostrar que con el valor fijado en una propuesta económica de un proponente no sería posible desarrollar un objeto contractual.

Sumado a lo anterior reitera este Despacho que:

*"Bajo este entendido, escapa de la órbita de acción de esta Superintendencia, y, por ende, la finalidad y propósito del presente procedimiento administrativo sancionatorio, cualquier aspecto relacionado con la libre configuración de la ANI de los pliegos de condiciones del proceso, el monto de la inversión a cargo del privado concesionario encargado de la construcción, mejoramiento y rehabilitación de la infraestructura existente de la autopista **BOGOTÁ – GIRARDOT** y el hecho que la entidad estatal contratante certifique si con el valor presentado por un proponente hubiese sido posible realizar y ejecutar el objeto contractual.*

Por su parte, y aunque no cabría el siguiente juicio en la medida en que la prueba es impertinente, resulta ser inconducente toda vez que una respuesta emitida por la ANI, en su calidad de entidad pública encargada de la planificación, coordinación, estructuración, contratación, ejecución, administración y evaluación de proyectos de concesión encaminados "al diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional"¹⁰, no es el medio de prueba idóneo para demostrar que con el valor establecido en una propuesta presentada por un proponente se hubiese podido ejecutar el objeto contractual"¹¹

Por los motivos expuestos, el Despacho se mantiene en la decisión de rechazo de los oficios.

5.3.3. Consideraciones frente al peritaje técnico

CONALVIAS estableció en su recurso de reposición que el peritaje técnico elaborado por **JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO** no es impertinente ni inútil, ya que busca demostrar, desde el punto de vista financiero y estadístico, la manera en que se comportaron los proponentes en el marco del proceso de selección, en especial la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**). Igualmente señaló que no se pretende extender la etapa probatoria, sino hacer uso de una regla procesal vigente que permite solicitar una prueba en la instancia de decisión del recurso de reposición impetrado contra la Resolución que decidió la actuación administrativa. Finalmente, refirió que la Autoridad de

¹⁰ Objeto de la ANI. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/informacion-de-la-ani/quienes-somos#:~:text=La%20Agencia%20Nacional%20de%20Infraestructura%20%2D%20ANI%2C%20tiene%20por%20objeto%20planear,y%2Fo%20explotaci%C3%B3n%20de%20la>

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 46826 de 2020.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Competencia está sujeta al principio de objetividad, conforme al cual debe investigar tanto los elementos y hechos que sirvan para sancionar como para absolver a los investigados.

Con el fin de responder los argumentos presentados por **CONALVIAS** frente al rechazo de esta prueba, el Despacho hará (i) un recuento de la solicitud y trámite que se le dio a la prueba a lo largo de la etapa de investigación y (ii) presentará los argumentos por los cuales en esta etapa del procedimiento la prueba resulta inútil.

Es relevante reiterar que en el escrito en el que **CONALVIAS** solicitó ser reconocido como tercero interesado en el trámite administrativo aportó y solicitó tener como prueba el informe pericial elaborado en marzo de 2017 por **JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO**, cuyo objeto fue "realizar un estudio estadístico y económico de la APP Tercer Carril Bogotá Girardot"¹². Mediante Resolución No. 26773 del 8 de julio de 2019, la Delegatura reconoció a **CONALVIAS** como tercero interesado y en el numeral 6.11.4.1. del **ARTÍCULO SEXTO** decidió "**Decretar como prueba, en los términos del artículo 227 y 228 del CGP, con el valor legal que le corresponda, el informe pericial elaborado en marzo de 2017 por JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO, el cual tiene por objeto "realizar un estudio estadístico y económico de la APP Tercer Carril Bogotá Girardot", citándolo para efectos de contradicción de la prueba el 16 de agosto de 2019. Llegado el día de la audiencia de contradicción, la Delegatura suspendió la diligencia en la medida en que CHINA GEHOUBA presentó solicitud de nulidad**¹³. Posteriormente, mediante Resolución No. 47563 del 19 de septiembre de 2019 la Delegatura negó la nulidad propuesta y reprogramó la audiencia de contradicción del dictamen para el 2 de octubre de 2019.

No obstante, el 27 de septiembre de 2019 **CONALVIAS** solicitó la reprogramación de la audiencia del dictamen pericial elaborado por **JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO** en la medida en que este se encontraría por fuera del país¹⁴. De acuerdo con lo anterior, mediante el **ARTÍCULO OCTAVO** de la Resolución No. 57467 del 25 de octubre de 2019¹⁵ fue reprogramada la audiencia de contradicción para el 6 de noviembre de 2019. Sin embargo, el mismo día de la audiencia **CONALVIAS** solicitó nuevamente la reprogramación de la audiencia de contradicción por cuanto **JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO** debía asistir a una reunión de junta directiva de **ENTERRITORIO**¹⁶ a la que fue citado el 29 de octubre de 2019. Respecto de esta solicitud, varios de los investigados solicitaron a la Delegatura dar aplicación del artículo 228 del CGP. Bajo este entendido, la Delegatura, mediante Resolución No. 65064 de 2019¹⁷, concluyó que "*dada la inasistencia del perito en más de una oportunidad*" daría aplicación a lo dispuesto en el artículo 228 del CGP¹⁸, decidiendo dejar sin valor el dictamen pericial elaborado por **JULIO ERNESTO**

¹² Folio 7713R del cuaderno público No. 29 del Expediente.

¹³ Folio 8584 del cuaderno público No. 34 del Expediente.

¹⁴ Folios 8744 a 8747 del cuaderno público No. 34 del Expediente.

¹⁵ Folio 8868 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

¹⁶ **EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL**, conforme lo establecido en el Decreto 495 del 20 de marzo de 2019.

¹⁷ Folios 9048 a 9048R del cuaderno público No. 36 del Expediente.

¹⁸ "**Artículo 228. Contradicción del dictamen.** (...)

*Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. **El perito solo podrá excusarse una vez.***

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito (...). (Subraya y negrilla fuera de texto original).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

VILLAREAL NAVARRO y prescindiendo de la práctica de la audiencia de contradicción del dictamen.

Finalmente, mediante Resolución No. 70052 de 5 de diciembre de 2019 la Delegatura cerró la etapa probatoria y se fijó fecha para la audiencia verbal.

Hecho el anterior recuento, el Despacho debe ser enfático en afirmar que en el trámite de resolución de los recursos de reposición presentados contra la decisión que pone fin a la actuación administrativa, el decreto de pruebas es excepcional, siempre que ellas sean sobrevinientes, sorpresivas o que con ellas se haga visible que existe un error en los fundamentos de hecho que motivaron la decisión.

Ahora bien, analizando los argumentos esgrimidos por el tercero interesado, en particular lo relacionado con que la prueba busca *"dar elementos de juicio al Despacho del señor Superintendente de Industria y Comercio para que corrobore desde el punto estadístico la forma como actuaron los agentes del mercado investigados en el proceso de contratación"*¹⁹ reconsidera el Despacho el hecho que la prueba sea impertinente. Esto por cuanto se encuentra referida al objeto mismo del proceso y recae sobre uno de los hechos que se debate en la presente actuación. Sin embargo, la prueba es inútil en la medida en que en el Expediente se encuentran distintos medios probatorios que presentaron estudios estadísticos y económicos del proceso de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. Es decir, en este punto de la actuación administrativa la prueba no aporta ningún elemento de juicio distinto a los ya traídos por sendas pruebas que integran el Expediente. Incluso, desde la Resolución de Apertura de Investigación la Delegatura presentó un análisis probabilístico de las posibilidades de éxito de la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**). Esto fue lo que se encontró en ese punto de la actuación:

Tabla No. 1: Probabilidad estimada de éxito de la oferta económica presentada por la ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO (conformada por BENTON y CHINA GEZHOUBA)

| Valor medio | Probabilidad de éxito |
|------------------------------|-----------------------|
| Media aritmética con mediana | 0,086 |
| Media aritmética | 0,018 |
| Media geométrica ajustada | 0,0 |
| Probabilidad media de éxito | 0,035 |

Fuente: Resolución No. 56979 de 2018.

Tal situación, sumada a los demás indicios encontrados por la Delegatura en el marco de la etapa de averiguación preliminar llevaron a que se abriera la investigación y formulara pliego de cargos a los investigados. Así, con el fin de esclarecer los hechos objeto de investigación, desvirtuar los fundamentos de hecho o corroborarlos, respectivamente, tanto los investigados como los terceros interesados aportaron y solicitaron pruebas. Pruebas frente a las cuales la Delegatura resolvió en distintos actos y las cuales fueron decretadas, incorporadas y practicadas. Por mencionar dos de ellas, tanto **BENTON** y **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON**) como **CHINA GEZHOUBA** aportaron informes periciales, cuyo objeto fue *"el análisis de probabilidades y teoría de juegos relevante en el proceso de selección del caso que ocupa a este proceso"* y *"respaldar el valor de la oferta económica de CGGC elaborada con base a criterios de razonabilidad en la materia y para analizar el método utilizado por la SIC para evaluar el comportamiento de los participantes en el proceso de APP Bogotá- Girardot"*, respectivamente²⁰. Frente a estas se llevó a cabo la respectiva audiencia de contradicción, frente al primero de los dictámenes aportados la audiencia

¹⁹ 16223755—0107200002, página 5, contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente.

²⁰ Como se observa de la Resolución No. 26773 de 2019 (**ARTÍCULO SEXTO**, numerales **6.6.3.** y **6.9.4.**).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

se realizó el 3 de septiembre de 2019²¹ y, respecto del segundo esta se adelantó el 5 de noviembre de 2019²².

Igualmente, debe reiterarse que:

"[L]a prueba es inútil ya que los hechos relacionados con la elaboración y presentación de las propuestas de los distintos proponentes al proceso de selección adelantado por la ANI se encuentran demostrados por varias de las pruebas que integran el Expediente. Así, a partir de los documentos oficiales del proceso de selección contractual aportados por la ANI, fue posible determinar la circunstancia relacionada con la presentación y evaluación de las propuestas presentadas al proceso de APP BOGOTÁ – GIRARDOT. A su vez, los hechos relacionados con la elaboración de las propuestas que interesan al presente trámite, esto es las de ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ (integrada por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS), ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT (integrada por INDUSTRIAL CONCONCRETO y CONSTRUCTORA CONCONCRETO) y ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO (integrada por BENTON y CHINA GEZHOUBA) se encuentran demostrados, entre otras pruebas, con las declaraciones y testimonios rendidos por funcionarios de esas compañías, tanto en la etapa de averiguación preliminar como de investigación, y documentos aportados y requeridos, entre los cuales se encuentran correos electrónicos, estudios, esquemas, diagramas. De esta manera, la prueba no sería eficaz"²³.

En consecuencia, se confirmará la decisión de rechazo del decreto del peritaje técnico elaborado por JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR el ARTÍCULO PRIMERO de la Resolución No. 46826 del 12 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, identificada con NIT. 890.318.278-6; a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.**, identificada con el NIT. 890.901.110-8; **INDUSTRIAL CONCONCRETO S.A.S.**, identificada con el NIT. 890.908.901-9; **VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.888.427-7; **BENTON S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.437.865-5; **CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA**, identificada con el NIT. 900.417.609-0; **VÍA 40 EXPRESS S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.009.478-6; **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, identificado con C.C. 5.199.222; **CASS CONSTRUCTORES S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.018.975-1; **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con C.C. 2.774.008; **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA**, identificado con C.C. 8.297.222; **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ**, identificado con C.C. 1.020.742.053; **FELIPE ROCHA SILVA**, identificado con C.C. 80.874.691; **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, identificado con C.E. 430.071; **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY**, identificado con C.C. 19.204.444; **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ**, identificada con C.C. 1.026.259.346; **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ**, identificada con C.C. 52.147.563; a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, identificada con NIT. 830.125.996-9; e **ICEIN INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.**, identificada con NIT. 860.005.986-1, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no proceden

²¹ Folios 8555 a 8557 del cuaderno público No. 33 del Expediente.

²² Folios 8991 a 8993 del cuaderno público No. 36 del Expediente.

²³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 46826 de 2020.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

recursos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **24 SEP 2020**.

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZALEZ

Elaboró: D. Londoño
Revisó y aprobó: A. Pérez

COMUNICAR:

CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL

NIT: 890.318.278-6

Apoderado

JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA

C.C. 19.439.307

T.P. 39.927 del C.S. de la J.

Carrera 19A No. 82-40, piso 5

Bogotá D.C.

contacto@jaimegranados.com.co

INDUSTRIAL CONCRETO S.A.S.

NIT: 890.908.901-9

CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.

NIT: 890.901.110-8

JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

C.C. 2.774.008

Apoderado

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355

T.P. 82.904 del C.S. de la J.

Calle 97A No. 8-10, oficina 204

Bogotá D.C.

gvalbuena@valbuenaabogados.com

ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ

C.C. 1.020.742.053

FELIPE ROCHA SILVA

C.C. 80.874.691

JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA

C.C. 8.297.222

Apoderada

LAURA BUENDÍA GRIGORIU

C.C. 52.268.705

T.P. 108.942 del C.S. de la J.

Calle 97A No. 8-10, oficina 204

Bogotá D.C.

lbuendia@valbuenaabogados.com

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

VÍA 40 EXPRESS S.A.S.

NIT: 901.009.478-6

VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.

NIT: 900.888.427-7

BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM

C.E. 430.071

Apoderado**GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO**

C.C. 3.181.441

T.P. 36.691 del C.S. de la J.

Calle 98 No. 9A – 41, oficina 309

Bogotá D.C.

mcastiblanco@ibarra.legal**CASS CONSTRUCCIONES S.A.S.**

NIT: 900.018.975-1

CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE

C.C. 5.199.222

Apoderado**ENRIQUE DE JESÚS GIL BOTERO**

C.C. 70.071.004

T.P. 27.154 del C.S. de la J.

Carrera 1 Este No. 74-76, Interior 2, edificio Montecapiro

Bogotá D.C.

enriquegilb1@gmail.com**CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ**

C.C. 52.147.563

Apoderada**JESSICA ALEJANDRA MANCIPE**

C.C. No. 43.191.981

T.P. 205.802 del C.S. de la J.

jessica.mancipe@gmail.com**MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO**

C.C. 1.026.259.346

Apoderado**DANILO ROMERO RAAD**

C.C. 79.547.687

T.P. 79.289 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71-21, Torre A, piso 8

Bogotá D.C.

danilo.romero@hklaw.com**CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA**

NIT: 900.417.609-0

Apoderado**JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO**

C.C. 80.417.606

T.P. 66.218 del C.S. de la J.

Avenida Calle 92 No. 11 – 51, piso 4

Bogotá D.C.

jose.miguel.delacalle@garrigues.com**BENTON S.A.S.**

NIT: 900.437.865-5

Apoderado**OMAR AUGUSTO FERREIRA REY**

C.C. 19.204.444

T.P. 32.256 del Ministerio de Justicia

Calle 95 No. 14-45, oficina 702

Bogotá D.C.

oferreira@ferreiraasociados.com

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

OMAR AUGUSTO FERREIRA REY

C.C. 19.204.444

Calle 95 No. 14-45, oficina 702

Bogotá D.C.

oferreira@ferreiraasociados.com**ICEIN INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.**

NIT: 860.005.986-1

Apoderada**XIMENA ZULETA LONDOÑO**

C.C. 39.691.462

T.P. 51.725 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71-52, Torre B, piso 9

Bogotá D.C.

ximena.zuleta@dentons.com**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

NIT: 830.125.996-9

Apoderado**JIMMY ALEXANDER GARCÍA URDANETA**

C.C. 80.442.163

Calle 26 No. 59-51, Edificio T4, Torre B, segundo piso

Bogotá D.C.

buzonjudicial@ani.gov.co