



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

RESOLUCIÓN 61737 DE 2020

(01 OCT 2020)

Radicación No. 16-223755

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las previstas en el Decreto 4886 de 2011, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, 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**),

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

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**) 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 dentro del término legal correspondiente, **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** (en adelante "**CONALVÍAS**"), tercero interesado dentro del presente trámite, interpuso recurso de reposición. Los argumentos propuestos por **CONALVÍAS** fueron los siguientes:

- El análisis efectuado en la Resolución Sancionatoria y, por ende su conclusión, no se ajustan a la realidad de lo acontecido en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las pruebas indiciarias que surgieron a partir de las visitas de inspección administrativa realizadas en la etapa de averiguación preliminar, en las que primaba el "factor sorpresa" o espontaneidad de los futuros investigados. En cambio, decidió darle prevalencia y mayor valor a las pruebas que fueron practicadas a lo largo de la etapa de investigación.
- Fueron tomadas en cuenta pocas pruebas documentales que, con cierto grado de extrañeza aparecieron en la etapa de investigación sin que se hubiera hecho referencia a ellas en la etapa de averiguación preliminar. Así, resulta extraño que *"no hayan sido aportados por las partes con anterioridad pues en procura de una defensa eficaz hubiera sido mucho más favorable para las partes no haber llegado a instancias de una investigación administrativa"*¹.
- En la Resolución Sancionatoria el Superintendente no realizó un análisis detallado de las observaciones formuladas al Informe Motivado por **CONALVÍAS**. Tampoco se hizo referencia a cada una de las pruebas que fueron practicadas durante la etapa de averiguación preliminar como mucho menos un análisis cualitativo y cuantitativo del resultado de la licitación desde el punto de vista estadístico. Lo anterior, en la medida en que no aparece un estudio económico que verifique las hipótesis planteadas en el escrito de denuncia.

Así, la Delegatura y el Superintendente perdieron de vista que se encontraban sujetos al principio de objetividad, según el cual deben investigar tanto lo favorable como lo desfavorable para los investigados, utilizando cualquier medio de prueba que soporte su análisis.

- La decisión tomada por la Superintendencia deja varios interrogantes por resolver en relación con las conductas adelantadas por los investigados, en particular los siguientes:
 - Efectos dentro del proceso licitatorio derivados de la falsedad de la propuesta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO**. Situación frente a la cual, la Superintendencia no cumplió con su deber de informarlo a las autoridades penales competentes, como tampoco a la **ANI**.
 - Efecto del *"sinnúmero de estudios que soportó la presentación de la propuesta económica de la ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO, tendiente a*

¹ Folio 10421R del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 64).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

cambiar las reglas de juego de la licitación y que apuntaba a que dicho participante quería presentarse con el ánimo de que no se le adjudicara"².

- Situación conforme a la cual la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** llegó a la audiencia de presentación de la propuesta con dos ofertas distintas, esto con el fin de ver si se presentaban dos o tres proponentes.
 - Circunstancia relacionada con la participación de **VINCI** en la estructuración de la propuesta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**, haciendo énfasis en que entre **VINCI** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** no existía un documento contractual que los vinculara, el cual solo se suscribió con posterioridad a la audiencia de entrega de la propuesta.
 - Efecto del ocultamiento de información y obstrucción de las visitas de inspección administrativa por parte de **CONSTRUCTORA CONCRETO**. Esta situación sienta un grave precedente puesto que establece que el hecho de borrar información y ser omisivo con las respuestas que se den a la Superintendencia en el marco de una averiguación preliminar implica que un investigado no sea sancionado por un proceso adelantado por prácticas restrictivas.
- En el derecho administrativo sancionador no se requiere, para proceder con la declaración de responsabilidad de los investigados, contar con una prueba directa de su culpabilidad. Bajo este entendido, la Corte Constitucional ha señalado que la aplicación y rigurosidad de la aplicación de la presunción de inocencia en este tipo de procesos es menor al ámbito del derecho penal, puesto que entre ambos regímenes existen diferencias. En este sentido, la imposición de una multa por violar el régimen de la libre competencia económica puede resultar de la apreciación de indicios, medio probatorio eficaz a la luz de lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante "Código General del Proceso" o "CGP").
- Esta situación fue indicada por la misma Superintendencia en la Resolución No. 68967 de 2013 y ha sido soportada mundialmente en lo relacionado con las prácticas de colusión al interior de procesos de selección adelantados por el Estado.
- Según el artículo 241 del CGP la conducta de las partes sirve como indicio.
 - En la Resolución de Apertura de Investigación la Delegatura señaló que hasta ese punto de la actuación existían suficientes pruebas que demostrarían que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y **LA ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** habrían coordinado su comportamiento dentro del proceso de licitación, por cuanto sus ofertas habrían sido complementarias.
 - Resulta curioso que una propuesta tan cercana al 80% del VPIP presentado por el **ORIGINADOR**³ resultara adjudicataria de los 700 puntos, puesto que dicho puntaje se le otorgaría al proponente que presentara el menor valor por encima del límite inferior (10% por debajo de la media). Así, no existía una razón objetiva que explique el motivo por el cual la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** hubiera presentado una oferta tan agresiva (baja), ya que entre más bajo fuera el valor de la oferta mayor sería la probabilidad de su rechazo.

² Folio 10391 del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 3).

³ Conforme lo establecido en el numeral 1.4.37. del Pliego de Condiciones Definitivo, el **ORIGINADOR** es "la Estructura Plural Tercer Carril que presentó un proyecto de Asociación Público Privada y hace parte de la Lista de Precalificados para presentar Oferta en el presente Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación". Obrante a folio 1000 del cuaderno público No. 8, DVD, Carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_20265578", p. 12. En el proceso de selección objeto de investigación el **ORIGINADOR** fue la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVÍAS**, **INFRACÓN** e **ICEIN**).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Los proponentes dentro del proceso tenían claridad respecto de dos situaciones: (i) el valor equivalente al 100% del VPIP y (ii) la posibilidad de calcular el valor de las medias y en consecuencia determinar el límite inferior. Así, teniendo claridad frente a estas dos situaciones los competidores debían establecer el valor de su oferta con el fin de que fuera la más baja, pero por encima del límite inferior.
- Igualmente, existía un alto grado de certidumbre frente a la adjudicación de los 300 puntos correspondientes a la oferta técnica, componente de calidad e incentivo a la oferta nacional. Esto les permitió tener certeza de que obtendrían estos puntos y solo restaría concentrarse en la oferta económica.
- Contrario a lo afirmado por **BENTON** en su defensa, no era posible estimar que quienes presentarían oferta al proceso lo harían de manera agresiva debido a las altas rentabilidades del proyecto. Además, una oferta tan baja, como la presentada por **CHINA GEHOUBA** y **BENTON**, de ninguna forma puede considerarse como consecuencia de un análisis de las demás propuestas y las reglas contenidas en el pliego de condiciones. Igualmente, no podía presumirse que el resto de proponentes obtendrían rentabilidad presentando propuestas tan bajas.
- **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** presentaron razones disímiles para explicar el fundamento del valor de la oferta económica que presentaron. Tales afirmaciones hechas en el marco de la etapa de averiguación preliminar no corresponden a la estrategia utilizada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**, pues no son coherentes con las expectativas de las compañías. Esto teniendo en cuenta el correo electrónico con asunto "Re: escenarios" del 11 de julio de 2016, lo señalado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) en declaración y el correo electrónico del 21 de enero de 2016.
- El haber establecido el valor de la oferta económica en el 79,97% del VPIP del **ORIGINADOR** no resulta coherente con la defensa consistente en que los miembros de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** incurrieron en altos costos en estudios para determinar la viabilidad de su oferta.
- Las declaraciones rendidas por los funcionarios de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIAS VÍAS DEL DESARROLLO** —esto es **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**— fueron contradictorias y, además, se encuentran desvirtuadas por otras pruebas contenidas en el Expediente. Presentadas las pruebas que soportan tal afirmación resulta claro que el Gerente Comercial de **CHINA GEHOUBA** indicó que las propuestas presentadas por su compañía atienden únicamente al mejor precio que se pueda ofrecer, mientras que funcionarios de **BENTON** señalaron que para el establecimiento del valor de la oferta económica realizaron varios análisis, teniendo en cuenta las reglas de adjudicación del proceso.

Así, del análisis conjunto de las pruebas es dable arribar a la conclusión de que el valor de la oferta presentada por la estructura plural vías del desarrollo tuvo como insumos y sustento un análisis realizado por la firma Ernst & Young China, más que lo establecido por **BENTON**. Esto indica que la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIAS VÍAS DEL DESARROLLO** no tuvo la intención de competir, pues no siguió las recomendaciones de **BENTON**, quien conocía el mercado colombiano.

- Existe suficiente material probatorio conforme al cual se concluye que una oferta económica inferior al 69,4% del VPIP del originador no tendría ninguna probabilidad de ganar. Esto puede encontrarse en el documento "Evaluación de ofertas app de iniciativa privada", realizado por **JUAN CARLOS DUARTE** (Ingeniero de **FERREIRA RUÁN ABOGADOS**).
- Resulta de poca credibilidad que **CHINA GEHOUBA** hubiera decidido contratar a una empresa extranjera teniendo a **BENTON** quien conocía el mercado colombiano, más cuando esta última había dicho que incluso una oferta de 69,4% era una oferta con poca probabilidad de éxito.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- En el marco del proyecto de iniciativa privada Viaducto Soacha – Bogotá existió intercambio de información sensible del proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** entre **BENTON** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**. Esto se encuentra demostrado a partir del contenido del correo electrónico con asunto "*Re: Consulta Tercer Carril*" remitido el 21 de enero de 2016, los correos cruzados entre **HÉCTOR LEÓN MÉNDEZ PARRA** (Director Jurídico de la **CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S.**), **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** (Director Regional de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **TATIANA OTERO GARCÉS** (Funcionaria de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y entre estos dos últimos, el correo del 7 de diciembre de 2015 remitido por **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** (Representante legal de **BENTON**) a funcionarios de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y el correo electrónico del 21 de enero de 2016 remitido por **LUCAS AGUSTÍN LAHITOU** a **ALEJANDRO VILLEGAS CAÑAS** (Inversor de Banca de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**).
 - Esta situación además fue negada a lo largo de la investigación por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual).
 - Según lo estableció la Delegatura en su Informe Motivado, existió intercambio de información entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT, CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, esto teniendo en cuenta el correo electrónico de asunto "*Re: Avances 3er Carril*", lo señalado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) en declaración, lo referido por **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**) en declaración, lo establecido por **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS CONSTRUCTORES S.A.**, en adelante "**CSS**"), lo referido por **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) en declaración y el registro de llamadas entre estos dos últimos el día antes de la entrega de la propuestas. De acuerdo con estas pruebas, prueban además que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** tenía interés y vigilaba las acciones de sus competidores.
 - A estas pruebas se suma el hecho de que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante legal de **CASS**), **PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Gerente Financiera de **CASS** para la época de los hechos) dieran respuestas poco creíbles en torno a quién habría gestionado el cupo de crédito necesario para la presentación de la propuesta.
- Igualmente, no puede perderse de vista que la oferta presentada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** fue equivalente al 100% del VPIP del **ORIGINADOR**.
- Aunque el intercambio de información entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT, CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** no hubiera sido idóneo para afectar el proceso competitivo, este ha debido tenerse en cuenta como un indicio de que la estructuración de la propuesta presentada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** se dio a partir de la vigilancia y apoyo de quienes aparentaron ser competidores en el proceso de selección.
 - Si hubiera existido una verdadera voluntad de competir en el proceso no hubiera existido ningún tipo de contacto entre funcionarios de las empresas.
 - Existen una serie de indicios que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta en la decisión, en específico los siguientes:
 - Falsificación de la propuesta económica presentada por **BENTON** y **CHINA GEHOUBA**, situación que genera duda razonable frente a la forma en que se definió el valor de la misma.
 - **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual) incurrió en sendas contradicciones cuando explicó la forma en que se definió el valor de la oferta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL**

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

DESARROLLO. Esto constituye un indicio en relación con que la propuesta no surgió de un ejercicio independiente y teniendo como fundamento estudios financieros, sino en la existencia de un actuar coordinado con los demás proponentes.

- La existencia de dos sobres con dos propuestas diferentes de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** el día de entrega de las mismas, cuya elección y entrega dependería del número de proponentes que se presentaran. Lo anterior, se instituye como un indicio que demuestra que **CONSTRUCTORA CONCRETO** vigiló en todo momento el comportamiento de los demás proponentes en el proceso de selección.
 - Preocupación de **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante legal de **VINCI CONCESSIONS**) frente a la orden de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) de eliminar la información relacionada con el proceso de selección **TERCER CARRIL BOGOTÁ – GIRARDOT** en el marco de las visitas de inspección administrativa. Igualmente, dicho Representante legal señaló que para el momento de presentación de las ofertas no existía un memorando de entendimiento o documento contractual suscrito entre **VINCI** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**, situación que resulta extraña si se tiene en cuenta la experiencia y trayectoria de **VINCI**.
 - El hecho de que los demás proponentes del proceso conocieran la condición según la cual si el puntaje del **ORIGINADOR** se encontraba por debajo del 20% de la propuesta mejor calificada este no tendría posibilidad de contraofertar, permite concluir que pudieron existir proponentes que participaron con la intención de eliminar dicha posibilidad. La Entidad no realizó *"un análisis financiero de la razonabilidad de las ofertas presentadas y de la probabilidad de ocurrencia conjunta de los hechos que se materializaron para que CONCRETO resultara adjudicatario"*⁴.
- El Despacho no tuvo en cuenta que:
 - El valor ofertado por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** generaba que la propuesta tuviera una alta probabilidad de ser rechazada. Tal situación estaba encaminada a la eliminación de la posibilidad de **CONALVÍAS** de contraofertar, *"pues en condiciones normales era altamente probable que una propuesta así quedara eliminada (un valor por debajo del 20% del Vmax), siendo irracional su formulación a no ser que se tuviera certeza de la ocurrencia de otros eventos que evitaban su eliminación, bastante improbables sin que los actores estuvieran coordinados"*⁵.
 - La oferta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** tuvo como propósito impedir que la oferta de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** quedara descalificada por quedar debajo del límite inferior. Esto por cuanto el segundo proponente ofertó el valor preciso para evitar que el primero fuera eliminado. Esto fortalece la teoría de que si los proponentes hubiesen actuado de manera independiente, resultaba casi imposible desde el punto de vista estadístico que los valores ofertados hubieran sido exactamente los que fueron.
 - A partir de lo establecido en las condiciones financieras del pliego de condiciones las propuestas presentadas por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** y **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** eran insostenibles, esto si se tiene en cuenta el modelo presentado por el **ORIGINADOR** el cual fue realizado por una banca de inversión en conjunto con la **ANI**, situación que demuestra que no surgió de un actuar irracional de **CONALVÍAS**.

⁴ Folio 10412 del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 45).

⁵ Folio 10412R del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 46).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

Conforme lo anterior, para evaluar la razonabilidad de una propuesta deben tenerse en cuenta dos criterios: presentar una propuesta más baja implica renunciar a una porción de los ingresos e implica realizar un descuento sobre la tarifa. En tal sentido, todo proponente debía considerar un VPIP inferior, así como una tarifa más baja.

Ni la Delegatura, ni el Despacho del Superintendente realizaron una simulación para encontrar que, en efecto, las ofertas **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** y **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** fueran racionales.

- La Superintendencia de Industria y Comercio omitió su deber de realizar y presentar un análisis cuantitativo y estadístico relacionado con las condiciones de la licitación pública objeto de investigación y de los diferentes escenarios que se hubieran podido presentar con los participantes en la misma. Esto demuestra que la Entidad "*no ha tenido un comportamiento proactivo para buscar la verdad de los hechos ocurridos con ocasión al proceso licitatorio*".

Este tipo de análisis se ha hecho para investigaciones adelantadas bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (Resoluciones No. 53991 de 2012, 54695 de 2013, 64400 de 2011).

- Las reglas de la sana crítica imponen al juez la carga de apreciar en conjunto todas las pruebas que conforman el expediente, además de asignarles mérito a cada una de ellas, situación que ha sido explicada por la Corte Suprema de Justicia. Así, una vez valorada cada prueba por aparte y asignado el mérito correspondiente el siguiente ejercicio corresponde al análisis de estas en su conjunto.

De haberse analizado las pruebas en conjunto se hubiera llegado a una decisión completamente diferente.

- De lo que se observa en el Informe Motivado y la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia no realizó una valoración exhaustiva de todas las pruebas que integran el Expediente, "*por el contrario, basan su hipótesis en documentos y declaraciones que fueron aportadas y expuestas una vez iniciada la etapa de investigación administrativa y sobre las cuales no se hizo si quiera mención en las declaraciones rendidas en las visitas administrativas realizadas*"⁶.
- El hecho de que la oferta de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** fuera elaborada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** en conjunto con **VINCI** a través de estrictos procedimientos al interior de las compañías no demuestra que las decisiones adoptadas hayan sido tomadas con independencia.
- Varias de las pruebas utilizadas por la Entidad para demostrar el sustento y ejercicios que sirvieron de insumo para el establecimiento del valor de la oferta de **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** fueron declaraciones rendidas por funcionarios de **VINCI** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** en el marco de la etapa de investigación. "*Es decir, se realizó una investigación echa (sic) a la medida de los investigados, pues inquieta a mi poderdante el hecho de que la SIC no decretara y practicara pruebas diversas a las traídas de la averiguación preliminar*"⁷.
- La Superintendencia realizó varias afirmaciones en relación con la supuesta independencia y falta de coordinación de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** y **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** teniendo como fundamento pruebas con poco valor probatorio, las cuales no se analizaron en conjunto con el resto de las pruebas que obran en el Expediente. Igualmente, algunas de esas pruebas no eran pertinentes, conducentes ni útiles.

⁶ Folio 10417R del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 56).

⁷ Folio 10418 del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 57).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- La Entidad afirmó que **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** realizaron varios ejercicios de estimación con el fin de establecer su valor en la oferta económica, así como que dicho proceso fue conciliado entre ambas empresas, sin embargo, las pruebas que sustentan tal afirmación no son "*conclusivas*"⁸. Esto ha debido estar soportado en actas y otro tipo de pruebas documentales, no con correos electrónicos y declaraciones.
 - La conclusión según la cual **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** establecieron el valor de su oferta con pleno desconocimiento de la que presentaría **BENTON** y **CHINA GEHOUBA** no estuvo bien sustentada. Lo anterior, en la medida en que las pruebas utilizadas para tal fin son contradictorias, documentos que no fueron advertidos de manera previa a la apertura de investigación y un correo que demostraría precisamente el rango en el cual sería presentada la propuesta de la **ESTRUCTURA VÍAS DEL DESARROLLO**.
 - En la Resolución Sancionatoria también se estableció que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** estableció el valor de su oferta económica de manera objetiva. Las declaraciones que sustentan tal conclusión resultan ser contradictorias y además se presentaron en la etapa de investigación, resultando inconducentes. Igualmente, se otorgó mayor valor probatorio a documentos aportados después de realizadas las visitas de inspección administrativa.
- Pese a haberse establecido en la Resolución Sancionatoria que es perfectamente posible sancionar únicamente a partir de indicios, lo cierto es que "*los indicios fueron desvirtuados con ocasión al informe motivado*"⁹.
 - La Superintendencia ignoró su propio precedente del rigor probatorio para los casos en que se investigan colusiones en licitaciones públicas.
 - Aceptar la posición de la Superintendencia implica dejar sin efectos probatorios los testimonios rendidos en la etapa de averiguación preliminar, esto por cuanto pasarían a un segundo plano sin que se les otorgue valor probatorio si únicamente se acepta lo establecido en las ratificaciones.
 - No es de recibo que la Superintendencia de Industria y Comercio fundara su decisión en ratificaciones contradictorias rendidas durante la etapa de investigación, así como en documentos aportados en la etapa de investigación. Así, dejar sin valor las pruebas practicadas durante la etapa de averiguación preliminar resulta contrario a las normas procesales que rigen los procedimientos administrativos sancionatorios.
 - Teniendo en cuenta los motivos anteriores, se solicita al Superintendente de Industria y Comercio revocar la decisión, toda vez que del análisis conjunto de las pruebas que obran en el Expediente se llega a la conclusión, más allá de toda duda razonable, que existió un comportamiento coordinado entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** y **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante "CPACA" o "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario haya decretado pruebas.

Mediante Resolución No. 46826 del 12 de agosto de 2020¹⁰ se rechazaron pruebas solicitadas por **CONALVÍAS**. Decisión frente a la cual interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante

⁸ Folio 10418 del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 57).

⁹ Folio 10418 del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 57).

¹⁰ 16-223755—01072-00002 contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

Resolución No. 59025 del 24 de septiembre de 2020¹¹, y en la cual se confirmó la decisión de rechazo de las pruebas solicitadas.

CUARTO: Que VINCI y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM (Representante Legal de VINCI CONCESSIONS) y CONSTRUCTORA CONCRETO e INDUSTRIAL CONCRETO mediante escritos con radicados No. 16-223755-1076¹² y 16-223755-1078¹³, respectivamente, se pronunciaron frente al recurso interpuesto por CONALVÍAS contra la Resolución No. 28751 de 2020. Los argumentos se resumen a continuación:

4.1. Pronunciamiento VINCI y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM (Representante Legal de VINCI CONCESSIONS)

- **CONALVÍAS** no se encontraba legitimada para presentar recurso de reposición contra la decisión de archivo de la investigación, toda vez que el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 no comprende tal facultad para los terceros interesados y porque los procesos por prácticas restrictivas de la libre competencia no son adversariales.
- Los elementos y argumentos presentados por el tercero interesado en su recurso de reposición fueron desvirtuados a lo largo del trámite del procedimiento administrativo sancionatorio. En ese sentido, las pruebas y fundamentos que dieron origen a la apertura de investigación fueron desvirtuados a lo largo de la etapa de investigación a través de pruebas directas.
- La finalidad de **CONALVÍAS** es que la Superintendencia de Industria y Comercio presuma la mala fe de VINCI y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM con el fin de declarar su responsabilidad y sancionarlos. Lo anterior puesto que no hay ningún indicio o prueba que permita colegir que las conductas imputadas en efecto hubiesen acontecido.
- Pierde de vista el recurrente que lo establecido en la Resolución de Apertura de Investigación tiene la calidad de ser preliminar. Adicionalmente, no existe norma legal que establezca que debe dársele mayor valor a las pruebas recaudadas en el marco de las visitas de inspección administrativa adelantadas en la etapa de averiguación preliminar. A su vez, perdería utilidad y su objetivo la etapa de investigación.
- Únicamente los hechos probados o demostrados pueden ser considerados indicios de otras circunstancias que resulten desconocidas, esto para poder ser valoradas por la Autoridad en conjunto con los demás medios de prueba que integren el expediente.
- Los argumentos presentados por **CONALVÍAS** en su recurso están fundados en un "sinnúmero de especulaciones que esa compañía pretende presentar como indicios, pero que conforme a la legislación colombiana, puntualmente el artículo 248 del CGP, no pueden ser tenidos como tales y, en consecuencia, no constituyen medio de prueba alguno"¹⁴.
- Las consideraciones y argumentos contenidos en el recurso del tercero interesado con contrarios a la Constitución y la ley, pues desconocen principios contenidos dentro del derecho al debido proceso, puesto que señalan que las pruebas que han sido controvertidas por los investigados tienen un menor valor que las sumarias.
- Las pruebas recaudadas durante las visitas de inspección administrativa no pueden ser valoradas por la Autoridad si no se han controvertido, pues tal actuación violaría el debido proceso. Así mismo,

¹¹ 16-223755—1080 contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente.

¹² 16-223755—1076 contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente.

¹³ 16-223755—1078 contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente.

¹⁴ 16-223755—1076 contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente, p. 16.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

no es admisible aseverar que los medios probatorios traídos al proceso por los investigados para controvertir las pruebas existentes tengan menor valor probatorio.

- En la Resolución No. 26773 de 2019 se decretaron un sinnúmero de pruebas solicitadas por los investigados y terceros interesados. De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó de oficio otras tantas.
- Los supuestos indicios de la coordinación de ofertas entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** no están demostrados.
 - No se encuentra acreditado que la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** fuera falsa, en tal sentido, no ha habido pronunciamiento frente a esa situación por parte de la autoridad competente.
 - No existe ninguna prueba, directa o indirecta, que demuestre que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** no tenía intención de resultar adjudicataria del contrato estatal.
 - **CONALVÍAS** reconoció expresamente, cuando hizo mención a la existencia de dos sobres con ofertas económicas de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, que este último no tenía ninguna certidumbre acerca del número de proponentes que efectivamente presentarían oferta al proceso de selección. "*[El] hecho de que las evidencias que reposan en el expediente no se les otorgue el sentido que CONALVÍAS espera de ellas, o que la SIC no apoye las infundadas tesis de esa compañía, no significa que las pruebas no hayan sido valoradas por esa autoridad*"¹⁵.
 - **VINCI** en ningún momento ha ocultado su participación activa en la elaboración de la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**, de esta forma, no hay nexo de causalidad ni relación alguna entre las acusaciones formuladas por el tercero interesado.
 - La conducta desplegada por **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** durante la visita de inspección administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio es ajena a **VINCI** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**. De tal hecho no se desprende que hubiese ocurrido una conducta anticompetitiva. Por ende, y como quedó establecido en la Resolución No. 28751 de 2020 tal comportamiento, el cual difiere de los que en el presente trámite se investigan, no sirve de prueba ni permite concluir que haya existido un acuerdo colusorio entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO**.
- No es de recibo que el tercero interesado continúe afirmando en esta etapa del proceso que el valor establecido en la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** sea dudoso, cuando ha quedado demostrado que este fue establecido de manera objetiva y sustentada. Lo mismo resulta aplicable respecto del valor contenido en la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO**, pues **CONALVÍAS** desconoce completamente el modelo financiero diseñado por este proponente.
- Los argumentos de **CONALVÍAS** frente a las declaraciones de **JUAN PABLO DOMÍNGUEZ HERNÁNDEZ** y las de los demás empleados de **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** no están dirigidos a la aparente concertación o intercambio de información entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO**.
- No existe prueba alguna que sugiera o demuestre que en el marco de las reuniones sostenidas en el marco del proyecto Viaducto Soacha existió intercambio de información del proyecto de **APP**

¹⁵ 16-223755—1076 contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente, p. 16.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

BOGOTÁ – GIRARDOT entre la ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT y la ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO.

- Tampoco hay prueba que demuestre que **VINCI** y **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** no intercambiaron información sensible con **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** o **CSS**, ni ninguno de sus funcionarios. Así, tal consideración realizada por el tercero interesado es una mera especulación. Debe referirse que inclusive funcionarios de **CONALVÍAS** reconocieron en sus declaraciones que a partir de información pública era posible suponer que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** tendría problemas para la consecución del cupo de crédito. También, de las conversaciones sostenidas entre **JULIÁN OSEJO VITERI** y **FELIPE ROCHA SILVA** no es posible inferir que **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** hubiese intercambiado con ellos información sensible.
- Los análisis estadísticos y financieros que exige el tercero interesado son irrelevantes para el procedimiento administrativo sancionatorio, esto por cuanto la información contenida en el pliego de condiciones del proceso, referente a la posibilidad de contraofertar del **ORIGINADOR**, así como las fórmulas para el cálculo de la media y el establecimiento del límite inferior fueron utilizadas por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** para el establecimiento del valor de su oferta. Todos los expertos, testigos y partes en el proceso concluyeron que el valor del 79,97% del VPIP del **ORIGINADOR** era la mejor oferta económica que podía ser presentada; ese era el comportamiento racional esperado.
- El análisis estadístico no está por encima de las pruebas que obran en el expediente, las cuales han demostrado que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** actuó de manera independiente en el proceso en cuestión. Además, no debe perderse de vista que la Delegatura, en la Resolución de Apertura de Investigación presentó un estudio estadístico, el cual fue desvirtuado durante la etapa de investigación.
- No es cierto que una oferta equivalente al 79,97% del VPIP del **ORIGINADOR** no fuera sostenible.
- **CONALVÍAS** no manifestó ni indicó en su recurso la forma en que **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** hubiese incurrido en alguno de los comportamientos señalados en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. De igual forma, el tercero interesado no señaló las razones por las que señala que las declaraciones de **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** fueran contradictorias.
- En consecuencia, solicitan al Superintendente de Industria y Comercio rechazar por improcedente el recurso de reposición presentado por **CONALVÍAS** contra la Resolución No. 28751 de 2020 o, en su defecto, confirmar la decisión tomada en dicho acto administrativo.

4.2. Pronunciamiento CONSTRUCTORA CONCONCRETO e INDUSTRIAL CONCONCRETO

- Los argumentos expuestos por **CONALVÍAS** desconocen el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en el caso particular. Bajo este entendido, el tercero interesado (i) desconoce medios de prueba directos que han permitido demostrar que las propuestas presentadas por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** y **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** fueron independientes y (ii) distorsiona el alcance de la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el alcance y la estructura del razonamiento indiciario como medio de prueba.
- Frente a la presunción de inocencia, teniendo en cuenta lo señalado en sentencia C-595 de 2010, la atenuación frente al principio de inocencia en el derecho administrativo sancionatorio está relacionado con la distribución de las cargas probatorias del elemento subjetivo de responsabilidad, en ningún caso respecto de la tipicidad y antijuridicidad.
- Pese a que los indicios son medios de prueba válidos, estos no pueden desconocer medios de prueba directos que integran el expediente administrativo.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- El valor probatorio de un indicio radica en la probabilidad de ocurrencia entre dos de sus elementos: el hecho indicador y el hecho indicado. Teniendo en cuenta tal situación, los aparentes indicios frente a los cuales **CONALVÍAS** hace referencia en su recurso "*se acercan más a elucubraciones sin sustento que a verdaderos indicios*"¹⁶.
 - El presentar una propuesta cercana al 80% del VPIP del **ORIGINADOR** fue una estrategia racional, toda vez que encuentra sustento en lo señalado por las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el derecho a igualar del **ORIGINADOR**.
 - El valor presentado en la oferta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** fue establecido y discutido de manera unilateral e independiente, teniendo en cuenta los análisis de CAPEX, OPEX y rentabilidad esperada, teniendo en cuenta las expectativas y protecciones de los integrantes del proponente. En este sentido, se estructuró, como se encuentra probado, un modelo financiero a partir de varios insumos. Situación que llevó al establecimiento de un límite inferior. Igualmente, las decisiones fueron tomadas por distintos funcionarios y comités al interior de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI**.
 - La **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO**, tal y como se encuentra probado en el expediente, estableció de forma racional y objetiva el valor de su oferta económica, teniendo en cuenta supuestos diferentes y justificados. Así mismo, fueron presentados distintos medios de prueba que demostraron que para el momento de presentación de las ofertas **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** desconocían la estrategia que emplearían **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**.
 - **CONALVÍAS** comete un error cuando afirma en su recurso que las pruebas que obran en el expediente dan cuenta del comportamiento coordinado entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO**.
 - El tercero interesado hace un estudio probabilístico a posteriori de lo ocurrido, motivo por el cual no toma en cuenta factores y condiciones del momento en que se tomó la decisión y presentó la oferta.
 - No es posible concluir que el presunto comportamiento coordinado entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** hubiese existido, más si se tiene en cuenta que en su escrito no fundamentó la regla de la experiencia o inferencia lógica a partir de la cual arriba a tal conclusión. Además, no es un juicio que compete hacer al tercero interesado.
 - No existió intercambio de información entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** durante las reuniones sostenidas en relación con el proyecto Viaducto Soacha. Lo anterior, encuentra sustento en sendas declaraciones y testimonios. Igualmente, no existe ningún indicio que sustente el aparente ocultamiento de información entre **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** en relación con ese aparente intercambio de información.
 - El supuesto intercambio de información entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** y **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** no existió y, por ende, no puede tenerse como un indicio de colusión en el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. **JULIÁN OSEJO VITERI**, funcionario de **CSS**, no participó ni prestó su apoyo en asuntos financieros en la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, no se encuentra probado que este haya gestionado el cupo de crédito que presentaría la **ESTRUCTURA PLUAR TC GIRARDOT – BOGOTÁ**. También, debe resaltarse que, como se encuentra

¹⁶ 16-223755—1078 contenido en el cuaderno No. 42 del Expediente, p. 4.

“Por la cual se decide un recurso de reposición”

acreditado, todos los proponentes dentro del proceso de selección podían conocer la situación financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** de acuerdo con información contenida en bases públicas, de las cuales era posible concluir que no obtendrían el cupo de crédito.

— La estructura de costos de cada proponente es diferente, así los indicios que pretende demostrar **CONALVIAS** del análisis estadístico del proceso no corresponden con la realidad fáctica acontecida.

- Se solicita al Superintendente de Industria y Comercio no acceder a los argumentos planteados en su recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, y en ese sentido confirmar la decisión de archivo de la investigación.

QUINTO: Que de conformidad con el artículo 80 del CPACA se procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por **CONALVIAS** contra la Resolución No. 28751 de 2020, dando respuesta a los argumentos presentados.

5.1. Consideraciones preliminares

El constituyente de 1991 elevó a rango constitucional el derecho colectivo a la libre competencia económica, el cual, a su vez, implica responsabilidades. Estas se materializan en el hecho conforme al cual, cualquier agente de mercado, persona natural o jurídica, que ejerza una actividad económica en Colombia debe observar y respetar tal derecho y, por ende, no incurrir en ninguna de las conductas catalogadas por el legislador como anticompetitivas, consagradas estas en distintas normas del ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Es relevante indicar que la Corte Constitucional ha establecido que:

“La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

(...)

La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.”¹⁷ (Negrilla de texto original).

Conforme el contenido y características de este derecho y, por su especial relevancia, la Constitución estableció como deber del Estado intervenir en los mercados cuando la libre competencia pueda estar siendo obstruida o restringida (inciso 4 del artículo 333 C.P.). Tal obligación fue desarrollada por el legislador, quien, en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, otorgó la calidad de Autoridad Nacional de Competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁸. Así las cosas, es esta Entidad la

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

¹⁸ **“Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de Competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá *en forma privativa* de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

encargada de vigilar los diferentes mercados colombianos con el fin de evitar que la libre competencia se obstruya o se restrinja. De esta manera se garantiza el modelo económico adoptado por Colombia (economía social de mercado¹⁹).

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, en cumplimiento de sus atribuciones legales, es la entidad encargada de adelantar las investigaciones administrativas con el fin de verificar el cumplimiento del régimen de la libre competencia económica; actuaciones que buscan velar por la observancia de las normas del régimen de la libre competencia económica, buscando cumplir con tres propósitos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica (artículo 2 Ley 1340 de 2009).

Ahora, como todo tipo de procedimiento administrativo sancionatorio es menester indicar que, para hallar a una persona, agente de mercado o vinculada a este, responsable de una infracción a una disposición normativa del régimen de la libre competencia económica debe existir prueba suficiente dentro del expediente administrativo; prueba o pruebas que sustenten y demuestren que la conducta imputada a los investigados en la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, realizada por la Delegatura para la Protección de la Competencia, en efecto ocurrió. Frente al particular debe afirmarse que, si bien no se requiere tener certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad por la infracción del régimen –como ocurre en materia penal–, lo cierto es que si deben existir medios de prueba que permitan llegar a la conclusión de que se violó la libre competencia económica. Todo lo anterior, en el marco del adelantamiento de las etapas del procedimiento contemplado para tal fin en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 19 de 2012.

En síntesis, la libre competencia económica en Colombia es un derecho colectivo de rango constitucional, el cual conlleva la responsabilidad de quienes desarrollen actividades económicas de respetar y acatar las normas legales sobre libre competencia que prohíben la realización de ciertas conductas. El Estado tiene el deber de garantizar la efectividad de dicho derecho a través de la intervención y vigilancia que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia. Tal atribución se materializa mediante el despliegue del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia, el cual se encuentra previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 2012.

Hechas las anteriores consideraciones, debe recordarse que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso concreto se circunscribió a determinar si, en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**, algunos de los proponentes incurrieron en conductas anticompetitivas. Así, mediante Resolución No. 56979 del 10 de agosto de 2018 (en adelante "Resolución No. 56979 de 2018" o "Resolución de Apertura de Investigación") se imputó a (i) **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, BENTON y CHINA GEZHOUBA** la conducta señalada en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión) y (ii) **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO, VINCI, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS** el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) por aparentemente haber suministrado y utilizado información sensible. Igualmente, en relación con cada una de las conductas imputadas a los agentes de mercado se buscó determinar si personas naturales vinculadas a estos habrían incurrido en la conducta prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017: "la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general".

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

5.2. Consideraciones relacionadas con la participación de terceros interesados en el procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la libre competencia

En el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia que adelanta esta Entidad, el legislador previó la posibilidad de que cualquier persona que acredite un interés directo e individual en la investigación pudiese participar del mismo, aportando pruebas o las consideraciones que estime relevantes. Esta posibilidad se encuentra señalada en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, el cual dispone:

"Artículo 19. Intervención de terceros. <Inciso modificado por el artículo 157 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.

Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados.

La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos. Ningún tercero tendrá acceso a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva.

De la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término que la Superintendencia considere adecuado.

PARÁGRAFO. Adiciónese el tercer inciso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: "Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos".

De lo señalado por este artículo debe reiterarse que se regulan los siguientes aspectos:

"(i) Quiénes pueden ser terceros interesados

(ii) El término para aportar consideraciones y pruebas

(iii) El derecho que tienen los investigados a que se les corra traslado de lo aportado por los terceros

(iii) La prohibición de los terceros interesados de acceder a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva

(iv) El derecho que tienen los terceros interesados reconocidos de que se les corra traslado de la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías, así como del informe motivado

Adicional a estos aspectos, debe señalarse que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, también establece el derecho que tienen los terceros interesados en asistir y participar de la audiencia verbal para que puedan presentar de forma verbal los argumentos que pretenden hacer valer en la investigación"²⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente trámite se reconoció, mediante Resolución No. 26773 del 8 de julio de 2019 ²¹, como terceros interesados a **CONALVIAS, ICEIN INGENIEROS**

²⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28751 del 16 de junio de 2020.

²¹ Folios 7688 a 7717 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

CONSTRUCTORES S.A.S. (en adelante "ICEIN") y a la **ANI**. De conformidad con lo anterior, cada uno de ellos ha podido intervenir en la presente actuación conforme lo prevé el ordenamiento jurídico.

Frente al caso particular de **CONALVÍAS**, este aportó pruebas una vez se abrió investigación y formuló pliego de cargos a los investigados, participó de la etapa probatoria durante la investigación, intervino en la audiencia verbal ante el Superintendente Delegado para la protección de la Competencia y formuló observaciones al Informe Motivado. Igualmente, como ha quedado establecido en el presente acto, presentó recurso de reposición contra la decisión de archivo de la investigación, habiendo solicitado el decreto y práctica de algunas pruebas.

Hecha esta precisión, pasa el Despacho a resolver los argumentos planteados por el recurrente, los cuales se responderán en los siguientes acápites: (i) consideraciones relacionadas con las etapas del proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia y (ii) consideraciones relacionadas con las pruebas obrantes en el Expediente y su valoración.

5.3. Consideraciones relacionadas con las etapas del proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia

Con el fin de responder los argumentos de **CONALVÍAS** relacionados con las pruebas recaudadas en el marco de las visitas de inspección administrativa adelantadas durante la etapa de averiguación preliminar, las pruebas aportadas por los investigados durante la etapa de investigación y el desarrollo del trámite administrativo, el Despacho analizará las etapas del procedimiento por prácticas restrictivas de la competencia refiriendo las características de cada una de ellas. Para tal fin, se hará especial énfasis en el objeto de cada una de ellas y sus consecuencias dentro del trámite sancionatorio.

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, establece el procedimiento aplicable a la actuación administrativa adelantada por esta Entidad por las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia. Este artículo dispone:

"Artículo 52. Procedimiento. <Artículo modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".

Como puede concluirse del artículo transcrito, el procedimiento por prácticas restrictivas de la libre competencia que adelanta esta Superintendencia comprende tres etapas: (i) preliminar o de averiguación preliminar, (ii) investigación y (iii) decisión.

En primer lugar, la etapa preliminar o de averiguación preliminar inicia una vez una persona presenta una denuncia ante la Delegatura para la Protección de la Competencia o cuando la Superintendencia de oficio decide comenzar la actuación administrativa. Es decir, la actuación arranca una vez se forma el expediente administrativo (artículo 36 del CPACA). A lo largo de esta etapa, la Delegatura recauda las pruebas que considera pertinentes, útiles y conducentes con el fin de verificar si existe mérito o no para iniciar una investigación formal. Para cumplir con tal propósito, la Superintendencia de Industria y Comercio hace uso de las facultades otorgadas por el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, especialmente las previstas en los numerales 62²², 63²³ y 64²⁴ y, por ende, adelanta visitas de inspección administrativa, practica declaraciones y requiere todo tipo de información. Según el Consejo de Estado, esta etapa se caracteriza por ser informal y facultativa. Ha referido el alto tribunal:

"Según se puede leer en la norma [art. 52], la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comentario"²⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Nuevamente, debe reiterarse que el objetivo de esta etapa no es otro que recaudar información para verificar el cumplimiento de las disposiciones que integran el régimen de la libre competencia y, en caso tal de encontrar que pudo haber existido una infracción a tales normas tomas la decisión de iniciar una investigación. Adicionalmente, se recalca el hecho que sea facultativa a diferencia de la etapa subsiguiente que es la de investigación. Adicional a las dos características ya mencionadas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha enfatizado que esta etapa tiene el carácter de reservada, puesto que para ese punto de la actuación no existen investigados como tal, es decir los administrados involucrados en la actuación administrativa no tienen la calidad de partes. Dicha condición únicamente se otorgará en el caso en que la Superintendencia determine que existe mérito para iniciar una investigación y así proferir el acto de apertura. Expresamente ha referido el tribunal:

"Distinto es el caso de la etapa preliminar en donde ciertamente no existen administrados involucrados en calidad de partes sino que se realiza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio acopio de las quejas y probanzas sobre las cuales realizará luego el análisis que conducirá a abrir o no investigación formal por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia contenidas en el Decreto

²² "62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley".

²³ "63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones".

²⁴ "64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones".

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de enero de 2003, rad. No. 7909.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

2153 de 1992 y en la ley 155 de 1959. Respecto de las diligencias previas existe reserva y así lo ha decidido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca"²⁶. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Nuevamente, debe reiterarse que el objetivo de esta etapa no es otro que recaudar información para verificar el cumplimiento de las disposiciones de la libre competencia. Así, de considerar que existen suficientes elementos de juicio que lleven a concluir que pudieron presentarse tales infracciones – conclusión preliminar que puede ser desvirtuada por los investigados durante la etapa de investigación–, la Delegatura abrirá investigación y formulará pliego de cargos vinculando a los administrados que presuntamente hubiesen cometido dichas conductas, quienes tendrán la calidad de investigados y podrán defenderse, aportando y contradiciendo las pruebas existentes. Lo anterior encuentra fundamento en la reciente sentencia C-165 de 2019, la cual, a pesar de haber analizado la constitucionalidad de una norma de la Ley 1480 de 2011, sirve como precedente constitucional en torno a las visitas de inspección administrativa y lo que ocurre en la etapa en que estas se adelantan. En este sentido refirió la Corte Constitucional:

*"En esta línea, advierte la Corte que las visitas de inspección son diligencias administrativas en las que la SIC recauda diferentes elementos probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC. El hecho de que los investigados no puedan recurrir la decisión de realizar una visita de inspección no significa que las reglas referentes al decreto, práctica, contradicción y admisibilidad de las pruebas no sean aplicables. Por el contrario, como se expuso, estas reglas resultan plenamente aplicables y por tanto el derecho de defensa de los investigados no se ve afectado"²⁷. **Una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados**, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente".*

(...)

*"(ii) la práctica de visitas de inspección sin previo aviso no vulnera el debido proceso administrativo. **Los materiales probatorios que sean recaudados durante estas diligencias serán -en cada caso concreto- objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por lo tanto, los sujetos investigados no verán afectado su derecho de defensa** (...)"²⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Conforme lo establecido en la jurisprudencia vigente, el hecho de que en esta etapa de la actuación no existen partes como tal, es decir no existen investigados, ha sido reiterado por esta Entidad en los siguientes términos:

"Teniendo claro lo anterior, en el marco de la averiguación preliminar al no haber una investigación formal no se encuentra presente el derecho de defensa en ninguna de sus dimensiones. Una vez, se abre investigación –esto con la Resolución de Apertura– el derecho de defensa, en sus dos dimensiones, se materializa"²⁹.

(...)

*"De tal manera, se debe recordar a los investigados que la etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración que **no está sujeta a formalidad alguna**, no es obligatoria y tiene como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de*

²⁶Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Auto que resuelve recurso de insistencia del 27 de abril de 1999. Rad. No. 1100123240031999024100.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-505 de 1999.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-165 de 2019.

²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 22233 del 20 de junio de 2019.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

iniciar una investigación, como lo ha reconocido el Consejo de Estado³⁰. Además, dicha etapa tiene carácter reservado y aún no se ha vinculado a ninguna persona, en la medida que los presuntos infractores no han sido identificados y, por lo mismo, en esta etapa existe una manifiesta imposibilidad fáctica y jurídica para notificar a una "persona determinada" de cualquier decisión de impulso de las funciones de inspección, vigilancia y control que se llegare a adoptar.

Como puede observarse, es importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

(...)

Como puede observarse, es importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

Bajo ese contexto, esta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de facultades constitucionales y legales para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley³¹. (Subraya de texto original).

(...)

"Además, los efectos de estar en la etapa preliminar o de averiguación preliminar no son distintos frente a las actuaciones y a la aplicación de los derechos de contradicción y de defensa que en cualquiera de esos momentos procesales les asiste a los investigados. En tal sentido, al realizar una visita de inspección administrativa –independientemente de si existe o no memorando de averiguación preliminar– las personas visitadas no pueden recurrir esa decisión, sin embargo, esto no quiere decir que de manera posterior no puedan controvertir y defenderse respecto de las pruebas recaudadas en esas diligencias"³².

De lo anterior, es dable concluir que las características de la etapa de averiguación preliminar son la de ser informal, facultativa y reservada. Adicionalmente, el objeto de la misma se reduce al recaudo de información con el fin de que la Superintendencia verifique si pudo haber existido una infracción a las disposiciones normativas sobre libre competencia, situación que implicará que haya mérito o no para iniciar una investigación formal. Hecho que además genera que la Delegatura, de llegar a formular pliego de cargos, haya arribado a una conclusión preliminar que puede ser desvirtuada por los investigados a lo largo de la etapa de investigación, etapa en la cual como lo ha referido la Corte Constitucional activa de manera plena el derecho fundamental de defensa, a través del aporte y contradicción de pruebas, el cual no se presenta en la etapa de averiguación preliminar toda vez que en esta los administrados no tienen la calidad de investigados. Esto además implica que el juicio que realiza la Delegatura al momento de tomar la decisión de formular pliego de cargos es menos riguroso que el que debe hacer el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio en el marco de la etapa de decisión, con el fin de decidir si, en efecto, existió la infracción a las disposiciones sobre libre competencia.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 23 de enero de 2003, Rad. No. 7909.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26266 del 5 de julio de 2019.

³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

Por su parte, la segunda etapa del procedimiento administrativo sancionatorio –la de investigación–, inicia con la apertura de investigación, es decir, con el acto mediante el cual el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia formula pliego de cargos a las personas, naturales o jurídicas, que presuntamente hubiesen violado el régimen de la libre competencia económica y culmina con la expedición del informe motivado. Durante esta etapa los investigados tienen el derecho de defenderse, solicitar y aportar pruebas, participar de la práctica de las mismas y presentar sus alegatos finales. Así, durante la investigación se surte la etapa probatoria y se realiza, una vez finalizada dicha práctica de pruebas la audiencia verbal prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Así las cosas, es durante esta etapa que las partes del proceso adquieren la calidad de investigados, se activa el derecho de defensa y contradicción y se practican pruebas, las cuales se incorporarán al expediente administrativo y se sumarán a las ya recaudadas o practicadas durante la etapa preliminar o de averiguación preliminar. De esta forma, al final de la etapa de investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia cuenta con todos los elementos de juicio para recomendar al Superintendente de Industria y Comercio declarar la responsabilidad administrativa de los investigados y, por ende, sancionar, o archivar la investigación, conclusiones que quedarán plasmadas en el informe motivado. Estas características han sido reiteradas por esta Entidad de la siguiente manera:

*"En contraste con la fase de averiguación preliminar, a partir de la notificación personal del acto de apertura de la investigación y formulación de cargos se adquiere propiamente la calidad o rol de "investigado" y se cuenta con las oportunidades procesales establecidas en el régimen de protección de la libre competencia económica para ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción, tal y como lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 al señalar que "[c]uando se ordene abrir una investigación, se **notificará personalmente al investigado** para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer"³³.*

(...)

"La segunda etapa (etapa de investigación), va desde el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia abre formalmente la investigación, formula pliego de cargos y vincula a las personas que presuntamente infringieron las normas sobre libre competencia hasta que presenta el informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio, en el cual recomienda sancionar o archivar la investigación en favor de los agentes y/o personas investigadas. En el marco de esta los investigados tienen la oportunidad de defenderse –presentando sus descargos–, solicitar y aportar pruebas y, de manera posterior, contradecir y desvirtuar las pruebas que en su contra existan. Es entonces durante esta etapa que se da el debate probatorio"³⁴. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Finalmente, se encuentra la tercera y última etapa del procedimiento la cual es en la que el Superintendente de Industria y Comercio decide la actuación administrativa. Debe afirmarse que, en caso tal que la decisión sea la de declarar la responsabilidad debe convocarse al Consejo Asesor de Competencia con el fin de que sesione y emita su concepto, el cual no es, en ningún caso, vinculante. A su vez, si la decisión del Superintendente es la de archivar la investigación, el inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 otorga la posibilidad de acoger integralmente los argumentos contenidos en el informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado, situación que ocurrió en el presente caso frente al primero de los cargos³⁵.

³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26266 del 5 de julio de 2019.

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019.

³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 16 de junio de 2020 (Resolución de Archivo, p.58): "Teniendo en cuenta lo previsto en esta norma, el Despacho acogerá la recomendación y el análisis presentado por la Delegatura en el Informe Motivado, resumiendo las pruebas que sustentan la decisión de archivar.

Frente a la imputación formulada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), el Despacho acogerá la recomendación del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Sin embargo, realizará un análisis exhaustivo del material probatorio obrante en el Expediente respecto de este cargo".

“Por la cual se decide un recurso de reposición”

Posterior a la expedición del acto administrativo sancionatorio o de archivo, los investigados y eventuales terceros interesados cuentan con la posibilidad de recurrir la decisión ante el mismo funcionario. Surtido lo anterior termina la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio y queda agotada la vía administrativa.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, es claro que (i) existen distintas etapas al interior del procedimiento por prácticas restrictivas de la libre competencia, cada una de ellas con un objetivo particular y sus características propias; (ii) durante la etapa de averiguación preliminar no existen investigados, pues en ella únicamente se busca recaudar información, por tal razón no hay lugar a defenderse o controvertir pruebas; (iii) los investigados pueden desvirtuar la imputación realizada en el acto de apertura de investigación a través del aporte y contradicción de las pruebas durante la etapa probatoria que se realiza en la etapa de investigación; (iv) las pruebas recaudadas en el marco de la etapa de averiguación preliminar tienen la misma validez que las pruebas que surjan durante la etapa de investigación; (v) corresponderá al Superintendente de Industria y Comercio, quien es el competente para tomar la decisión del trámite administrativo, darle valor a cada una de las pruebas que obren en el Expediente; y (vi) en caso tal de que el informe motivado concluya que no se presentó la infracción administrativa, puede el Superintendente de Industria y Comercio acoger de manera integral los argumentos presentados en dicho documento mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

En consideración de lo anterior, no le asiste razón a **CONALVIAS** cuando afirma que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las pruebas indiciarias que surgieron durante la etapa de averiguación preliminar, así como que tuvo en cuenta únicamente algunas pruebas documentales que aparecieron de manera extraña durante la etapa de investigación las cuales no fueron puestas de presente por los visitados durante la averiguación preliminar.

Como se observa, las pruebas indiciarias que aparecieron una vez surtida la primera etapa del procedimiento administrativo sancionatorio, fueron el fundamento de la Resolución de Apertura de Investigación, sin embargo, durante la etapa probatoria del proceso –durante la investigación– las conclusiones a las que arribó la Delegatura a partir de dichas pruebas fueron desvirtuadas con nuevos elementos probatorios que fueron aportados por las partes o que saltaron a la vista una vez practicadas las declaraciones, ratificaciones y testimonios. Así, en el marco de las visitas de inspección administrativa quienes fueron los investigados en el presente trámite no habían adquirido tal condición, razón por la cual no les era dable aportar pruebas –puesto que no existía una imputación frente a la cual defenderse–. Es decir, no es posible deducir, como lo hace el tercero interesado, que *“en procura de una defensa eficaz hubiera sido mucho más favorable para las partes no haber llegado a instancias de una actuación administrativa”*, ya que como ha quedado explicado para ese punto de la actuación no existían partes como tal y, por ende, no existía imputación que controvertir o desvirtuar.

En consecuencia, los argumentos presentados con **CONALVIAS** relacionados con las pruebas recaudadas durante la etapa de averiguación preliminar y el posterior aporte de nuevos elementos probatorios durante la etapa de investigación, que desvirtuaron las conclusiones anotadas en la Resolución de Apertura de Investigación no tienen sustento.

5.4. Consideraciones relacionadas con las pruebas obrantes en el Expediente y su valoración

El argumento principal del recurso de reposición presentado por **CONALVIAS** tiene que ver con la valoración de las pruebas contenidas en el Expediente, según el cual, de haberse realizado tal ejercicio de manera correcta se hubiera arribado a la indubitable conclusión de que los investigados violaron el régimen de la libre competencia económica. En este sentido, menciona que las conclusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio no se ajustan a lo ocurrido en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**, y que, contrario a lo afirmado en la Resolución No. 28751 de 2020, las pruebas obrantes en el Expediente permiten concluir, más allá de toda duda razonable, que existió un comportamiento coordinado entre la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) y la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**).

“Por la cual se decide un recurso de reposición”

Para fundamentar lo anterior, el recurrente refirió que la Entidad (i) estaba obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los investigados —es decir, tener un comportamiento proactivo—; (ii) no hizo referencia a cada una de las pruebas practicadas en la etapa de averiguación preliminar y en cambio basó su hipótesis en documentos y declaraciones aportados y practicadas durante la etapa de investigación; (iii) no analizó las pruebas en conjunto; (iv) no le asignó valor a cada una de las pruebas que hacen parte integral del Expediente; (v) llegó a conclusiones erradas a partir del contenido de algunas de las pruebas; (vi) no realizó un análisis cualitativo ni cuantitativo del resultado de la licitación desde el punto de vista estadístico; (vii) no analizó detalladamente cada una de las observaciones presentadas por el tercero interesado al Informe Motivado; y (viii) no resolvió varios de los interrogantes relacionados con los comportamientos adelantados por los investigados.

Así mismo, señaló que en el derecho administrativo sancionatorio no se requiere de una prueba directa de la culpabilidad de los investigados, hecho que implica que los indicios sirvan como prueba y puedan ser el fundamento de la declaratoria de responsabilidad, tal y como ha sido establecido en el precedente administrativo de la Entidad. También, que el Superintendente de Industria y Comercio perdió de vista los indicios que fundamentaron la apertura de investigación.

Con el fin de responder los argumentos presentados por CONALVIAS, este Despacho seguirá la siguiente estructura: (i) las reglas de la sana crítica para la valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el Expediente; (ii) los indicios como medio probatorio válido en los procedimientos por prácticas restrictivas de la libre competencia; (iii) análisis de las pruebas presentadas en la Resolución de Apertura de Investigación como en el Informe Motivado, el cual fue acogido de manera íntegra en relación con el primero de los cargos —numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992—; y (iv) reiteración del análisis presentado en la Resolución recurrida frente al segundo cargo —artículo 1 de la Ley 155 de 1959—.

5.4.1. Valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el Expediente administrativo conforme las reglas de la sana crítica

CONALVIAS indicó en su recurso de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio no analizó las pruebas obrantes en el Expediente en conjunto conforme las reglas de la sana crítica como tampoco estableció el valor probatorio de cada una de ellas, mucho menos hizo referencia a cada una de las pruebas practicadas en la etapa de averiguación preliminar, fundando su decisión en documentos aportados y declaraciones practicadas durante la etapa de investigación. Igualmente, señaló el recurrente enfáticamente que tanto el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia como el Superintendente de Industria y Comercio se encuentran sujetos al principio de objetividad, debiendo haber investigado los hechos favorables como los desfavorables para los investigados, situación que en el presente caso no se presentó pues la Entidad no tuvo un comportamiento proactivo.

Frente al primero de los puntos, conviene señalar lo que son las reglas de la sana crítica y el principio de unidad de la prueba. Las reglas de la sana crítica son herramientas que tiene el juez o director del proceso para analizar las pruebas en cada caso concreto. En este sentido, la doctrina ha establecido que las reglas de la sana crítica son pautas para el correcto entendimiento humano. Así, en ellas se encuentran inmersas las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez o director del proceso. En relación con ellas se ha establecido:

“Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"³⁶.

En relación con esto el Consejo de Estado ha indicado que la sana crítica se encuentra estructurada a partir de distintos criterios, entre los cuales se encuentran la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, así como las reglas de la experiencia. Expresamente ha indicado que:

"Para la Sala, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar, entre otros, el principio de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados.³⁷ Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público.³⁸ Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad."³⁹⁴⁰.

Ahora, teniendo en cuenta que las reglas de la sana crítica son la herramienta a través de la cual el juez o director del proceso debe tomar la decisión en cada caso particular, uniendo la lógica y la razón sin excesivas abstracciones de orden intelectual, lo cierto es que el mismo artículo 176 del CGP dispone expresamente que tal valoración debe hacerse en conjunto. Esto implica que el funcionario analice integralmente las pruebas que obran en el Expediente, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Señala el artículo 176 del CGP:

"Artículo 176. Apreciación de las pruebas. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos".*

En relación con el principio de unidad de la prueba o apreciación en conjunto de las pruebas que obran en un expediente, la Corte Constitucional ha sostenido que este implica que "todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral"⁴¹. Así mismo, el fundamento de este principio "es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad"⁴².

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado ha reiterado en distintas ocasiones que el principio de unidad de la prueba implica que el funcionario judicial o quien dirige el proceso y toma la decisión, debe analizar en conjunto las pruebas que obran en el expediente, con el fin de que su análisis sea integral y de esta forma arribar a la certeza de los hechos cuya demostración se busca. De la misma forma, es a partir de la fuerza de convicción que entre las distintas pruebas se encuentre

³⁶ Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962, citado en Corte Constitucional, sentencia SU-355 de 2017.

³⁷ Coloma Correa, Rodrigo; y Agüero San Juan, Claudio. LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Revista Chilena de Derecho, vol. 41, n.º 2, pp. 673 – 703. 2014.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería ediciones del Profesional LTDA. Décima sexta edición. Bogotá. 2008. pp. 96 y 97.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 23 de abril de 2020, rad. 25000-23-42-000-2013-00996-01(1000-17).

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-830 de 2002.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-830 de 2002.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

que el juez puede confrontarlas y arribar a conclusiones fundadas en esos medios de prueba. Ha referido que:

"[R]egla técnica de unidad de la prueba, que consiste en que "las pruebas deben ser analizadas en su conjunto, buscando precisar lo que de su análisis integral puede extraerse para llevar la certeza sobre los hechos cuya comprobación se pretende"⁴³, es decir, el juez debe analizar todas y cada una de las pruebas aportadas y practicadas en los términos previstos por el legislador para tal fin; primero debe estudiar cada medio en particular y luego en unidad con los restantes"⁴⁴.

(...)

"Entonces, sobre la valoración probatoria, la Sala recuerda que en aplicación del principio de unidad de la prueba, el juez está en la obligación de hacer un análisis unitario, es decir, estimar cada una de las pruebas obrantes en el proceso, para darle el mérito que corresponda frente a la controversia, y, luego de ello, en aplicación del principio de comunidad probatoria, manifestar su criterio frente al conjunto de pruebas, teniendo en cuenta que éstas pertenecen al proceso y no a la parte que la pidió"⁴⁵.

(...)

"En tal sentido, es deber del juez valorar los diferentes medios de prueba en conjunto y como una unidad, pues una vez han sido aportadas oportuna y regularmente al proceso, su resultado depende solo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre. (...) El juez debe fijar los diversos elementos de prueba, confrontarlos para verificar y apreciar su veracidad, y obtener una conclusión coherente que de dicho análisis resulte, utilizando así un método crítico de conjunto, luego de analizar cada prueba, teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias y discrepancias, con las demás. Por lo anterior, es obligación del juez analizar el material probatorio aplicando las reglas de la lógica, de la psicología, la experiencia y la certeza que sobre determinados hechos requiere decidir, es decir, las reglas de la sana crítica"

⁴⁶

En consecuencia, de acuerdo con la aplicación de las reglas de la sana crítica y del principio unidad de la prueba al juez o director del proceso se le ha reconocido un amplio poder para determinar los criterios de valoración de la prueba en cada caso concreto, esto sin perjuicio del deber que tiene de expresar la motivación del raciocinio que lo llevó a su convicción. Esto ha sido establecido por el Consejo de Estado, quien indicó:

"En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en

⁴³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Colombiano, Procedimiento Civil, Tomo 3, Pruebas, segunda edición, Dupré Editores, Bogotá, D. C., 2008, p. 41.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 12 de diciembre de 2014, rad. 25000-23-27-000-2010-00139-01(19261).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 16 de marzo de 2015, rad. 25000-23-26-000-1999-02480-01-(28040).

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 11 de mayo de 2017, rad. 20001-23-31-000-2006-00189-01(39938).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción⁴⁷⁴⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En concordancia con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, así como en el precedente del Consejo de Estado, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, y en particular, el Superintendente de Industria y Comercio quien es el competente para tomar las decisiones en los procedimientos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la libre competencia, debe observar el principio de unidad de la prueba y realizar el análisis y valoración de los medios probatorios de conformidad con las reglas de la sana crítica. Esta situación fue establecida en Resolución No. 26266 del 5 de julio de 2019 de la siguiente manera:

"A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia".

Ahora, teniendo en cuenta las consecuencias de la sana crítica y la valoración conjunta de las pruebas, se encuentra que en la Resolución No. 28751 de 2020 el Superintendente de Industria y Comercio, en concordancia con lo establecido por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación y en el Informe Motivado, realizó un análisis y valoración conjunta de las pruebas obrantes en el Expediente, conforme las reglas de la sana crítica. Bajo este detallado análisis arribó a las siguientes conclusiones:

Tabla No. 1: Conclusiones a las que arribó el Despacho en la Resolución No. 28751 de 2020

Imputación	Conclusión
<p>Imputación formulada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992</p>	<p>"Frente a la conducta imputada a INDUSTRIAL CONCRETO, CONSTRUCTORA CONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, BENTON y CHINA GEZHOUBA, investigada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, concluyó la Delegatura que:</p> <p><i>"[N]o existen elementos suficientes que permitan evidenciar que las propuestas presentadas por la estructura plural VÍAS A GIRARDOT –integrada por CONSTRUCTORA CONCRETO e INDUSTRIAL CONCRETO– y la estructura plural VÍAS DEL DESARROLLO –integrada por CGGC y BENTON– hubieran sido complementarias en razón de un acuerdo restrictivo de la competencia en la modalidad establecida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992"⁴⁹.</i></p> <p><i>Después de valorar las pruebas obrantes en el Expediente, encuentra el Despacho que los hechos que sirvieron para arribar a tal conclusión están probados, motivo por el cual comparte plenamente los argumentos esgrimidos por la Delegatura y el análisis realizado"⁵⁰.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>"En consecuencia, habiendo realizado el análisis correspondiente del material probatorio citado, para este Despacho es claro que no</i></p>

⁴⁷ Ver aclaración de voto de la suscrita consejera ponente, en la sentencia del 10 de octubre de 2014, exp. 33.690.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

⁴⁹ Folio 9559R del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 78).

⁵⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 20 de junio de 2020. (Resolución de Archivo, p. 58).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

	<p>existen pruebas que permitan concluir que entre INDUSTRIAL CONCRETO, CONSTRUCTORA CONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, CHINA GEZHOUBA y BENTON hubiera existido un acuerdo anticompetitivo.</p> <p>En esa medida, el Despacho comparte íntegramente lo establecido por la Delegatura en el numeral 7.1. del Informe Motivado, razón por la cual resolverá archivar la investigación adelantada contra los agentes de mercado investigados bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959⁵¹.</p>
<p>Imputación formulada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959</p>	<p>"Luego de hacer un análisis a lo establecido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en su Informe Motivado y, habiendo revisado las pruebas que obran en el Expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura al advertir que no se encuentra demostrado que CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE intercambiaron o suministraron información sensible a CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO y VINCI que fuera de carácter reservado y que hubiera otorgado una ventaja competitiva a la ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT (integrada por INDUSTRIAL CONCRETO y CONSTRUCTORA CONCRETO) en el proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE- APP-IPV-SA-004-2016. Bajo este entendido, se analizará el material probatorio obrante en el Expediente que permite arribar a tal conclusión⁵².</p> <p>(...)</p> <p>"En resumen, encuentra el Despacho que no existen pruebas que permitan arribar a la conclusión de que CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE suministraran información sensible o reservada a CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO y VINCI la cual hubiese derivado en una ventaja competitiva a la ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT (integrada por INDUSTRIAL CONCRETO y CONSTRUCTORA CONCRETO) dentro del proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE- APP-IPV-SA-004-2016⁵³.</p> <p>(...)</p> <p>"En consecuencia, se encuentra probado que (i) CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE resultaron adjudicatarias de varios contratos estatales entre 2015 y 2016, información que es de público conocimiento, hecho que le permitió a los demás precalificados del proceso de selección de la APP BOGOTÁ – GIRARDOT suponer con alto grado de confianza que los integrantes de la ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ tendrían dificultades para obtener el cupo de crédito; (ii) CONSTRUCTORA CONCRETO era socia de CASS, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CSS en la ejecución de distintos contratos estatales, lo cual les pudo otorgar información adicional de la situación financiera de las empresas; (iii) CONSTRUCTORA CONCRETO, con base en</p>

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 20 de junio de 2020. (Resolución de Archivo, p. 64).

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 20 de junio de 2020. (Resolución de Archivo, p. 65).

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 20 de junio de 2020. (Resolución de Archivo, p. 99).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

la información que tenía del mercado y que había obtenido de manera lícita, buscó analizar y establecer internamente, con ayuda de sus asesores externos, cuán sería el comportamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** en el proceso de selección objeto de investigación; y (iv) el solo registro de llamadas entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) no prueba que hubiese existido un intercambio de información sensible que permitiera dilucidar cuál sería el comportamiento que presentaría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**) en el proceso de selección"⁵⁴.

Fuente: Resolución No. 28751 de 2020.

En relación con las conclusiones relacionadas con la primera conducta investigada, una vez hecha la valoración probatoria en la etapa de decisión, este Despacho encontró demostrada la conclusión y consecuente recomendación emitida por la Delegatura, compartiendo plenamente los argumentos y el análisis por ella realizado. De esta manera, en aplicación del inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, acogió integralmente los argumentos del Informe Motivado en el numeral **7.4.1**.

Por su parte, frente a la imputación formulada bajo la prohibición general, este Despacho también acogió la recomendación emitida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, más, sin embargo, realizó un extenso análisis frente a las pruebas obrantes en el Expediente que no permiten concluir que la conducta anticompetitiva efectivamente existió. En acápites subsiguientes se hará especial énfasis frente a la conclusión de que no existen pruebas que permitan arribar a la conclusión de que las conductas contrarias a derecho fueron ejecutadas por los investigados y que los indicios que sirvieron como sustento de la apertura de investigación fueron desvirtuados durante la etapa de investigación.

Ahora bien, indicó también **CONALVIAS** que no se hizo referencia a las pruebas recaudadas y practicadas durante la etapa de averiguación preliminar. Conforme quedó expuesto en el numeral **5.3**. del presente acto, cada una de las etapas que conforman el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia tiene una finalidad. De esta manera, valga reiterar que, en la etapa de investigación es en la que se desarrolla el periodo probatorio, sin perjuicio de las pruebas recolectadas y practicadas durante la averiguación preliminar. Así, formulado el pliego de cargos los investigados y terceros interesados pueden solicitar y aportar pruebas, con el fin de defenderse y buscar desvirtuar los hechos establecidos en el acto de apertura de investigación. De esta manera, pueden aparecer nuevas pruebas que dejen sin sustento la hipótesis planteada en dicho acto. Es decir, la esencia del periodo probatorio reside en demostrar, fundar y comprobar o no la imputación formulada por la Delegatura. Es así cómo, si el Superintendente de Industria y Comercio estuviera obligado a darle mayor valor en todos los casos a las pruebas recaudadas y practicadas durante la averiguación preliminar, la etapa de investigación, particularmente el periodo probatorio, no tendría ningún sentido y perdería su esencia.

En otras palabras, la etapa probatoria sirve a la Entidad para dar luces frente a la posible comisión o no de las conductas anticompetitivas imputadas a los agentes de mercado o personas a ellos vinculadas. De esta manera, se corrobora o no la hipótesis planteada en el acto de apertura de investigación, el cual, debe reiterarse, contiene unas conclusiones preliminares del ejercicio de análisis de las pruebas que para ese momento ha logrado recaudar la Delegatura. En este entendido, corresponderá al Superintendente de Industria y Comercio analizar todas las pruebas recaudadas y practicadas que se hayan incorporado legalmente al expediente administrativo, sin que esté obligado a darle mayor valor o preponderancia a unas u otras.

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 20 de junio de 2020. (Resolución de Archivo, p. 99).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

En relación con este punto el recurrente señaló que el Despacho había establecido su conclusión con fundamento únicamente en documentos aportados y declaraciones practicadas en la etapa de investigación, sobre las que no hicieron referencia los visitados en la averiguación preliminar. No obstante, como se pasa a presentar, varias de las pruebas que sirvieron de sustento para la decisión de archivo fueron obtenidas o practicadas en la etapa de averiguación preliminar.

Tabla No. 2: Pruebas que sirvieron de sustento para la decisión de archivo

Investigación	Pruebas que demostraron los hechos sustento de la decisión
Conducta investigadas bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	<ul style="list-style-type: none"> • Testimonio de MARÍA CLARA TIRADO MESA (Representante Legal de INDUSTRIAL CONCRETO para la época de los hechos)⁵⁵ – Practicado durante la etapa de averiguación preliminar • Testimonio JUAN FELIPE JARAMILLO URIBE (Gerente Unidad de Negocio CONSTRUCTORA CONCRETO)⁵⁶ – Practicado durante la etapa de averiguación preliminar • Correo electrónico con el asunto "<i>3er carril/Bogotá Girardot Comité de Bouclage</i>"⁵⁷ del 17 de junio de 2016 y la tabla de contenido de la presentación en PowerPoint adjunta al mensaje⁵⁸ – Documentos aportados por VINCI junto a su escrito de descargos • Correo electrónico con el asunto "<i>Comité de Bouclage "Bogotá-Girardot, Colombia"</i>"⁵⁹ del 27 de junio de 2016 y la tabla de contenido de la presentación en PowerPoint adjunta al mensaje⁶⁰ – Documentos aportados por VINCI junto a su escrito de descargos • Correo electrónico con el asunto "<i>Informe de la comisión de riesgos Vinci Concessions Bogotá – Girardot</i>"⁶¹, del 5 de julio de 2016⁶² – Documento aportados por VINCI junto a su escrito de descargos • Presentación en PowerPoint realizada en el Comité de Riesgos el 5 de julio de 2016⁶³ – Documento aportado por VINCI junto a su escrito de descargos • Correo electrónico con el asunto "<i>PPT Steering Committee 3er carril</i>"⁶⁴, del 22 de abril de 2016⁶⁵ y la tabla de contenido de la presentación adjunta a ese correo⁶⁶ – Documento aportado por VINCI junto a su escrito de descargos

⁵⁵ Folio 450 del cuaderno público No. 4 del Expediente, carpeta "GRABACIONES_2", archivo "MARIA CLARA TIRADO - REPRESENTANTE LEGAL". Min: 6:50.

⁵⁶ Folio 450 del cuaderno público No. 4 del Expediente, carpeta "GRABACIONES", archivo "JUAN FELIPE JARAMILLO URIBE - GERENTE". Min: 9:15.

⁵⁷ Folio 3751 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁵⁸ Folio 3752 a 3834 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁵⁹ Folio 4879 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶⁰ Folio 4881 a 4958 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶¹ Folio 3996 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶² Folio 3996 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶³ Folio 4050 a 4101 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶⁴ Folio 3653 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶⁵ Folio 3653 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶⁶ Folio 3654 a 3667 del cuaderno reservado general del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Correo electrónico con el asunto "*DTF FINAL para escenarios*", del 8 de julio de 2016⁶⁷ – Documento aportado por **CONSTRUCTORA CONCRETO** junto a su escrito de descargos
- Mapa conceptual denominado "*Conformación del equipo de trabajo*"⁶⁸ – Documento aportado por **VINCI** junto a su escrito de descargos
- Testimonios de **JAIRO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ** (Director de Proyectos Especiales de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)⁶⁹ – Practicados durante la etapa de averiguación preliminar e investigación
- Declaración de **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**)⁷⁰ – Practicado durante la etapa de investigación
- Testimonio de **JOSÉ MIGUEL LYON ALDUNATE** (Director de Estructuración Financiera para Latinoamérica de **VINCI** para la época de los hechos)⁷¹ – Practicado durante la etapa de investigación
- Declaración **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)⁷² – Practicado durante la etapa de investigación
- Declaración **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)⁷³ – Practicado durante la etapa de investigación
- Dictamen pericial elaborado por **MARCELA GÓMEZ CLARK**⁷⁴, el cual fue objeto de contradicción⁷⁵ – Aportado con el escrito de descargos de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ, CONSTRUCTORA CONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCRETO** y audiencia de contradicción llevada a cabo durante la etapa de investigación
- Ratificación declaración **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)^{76 77} – Practicada durante la etapa de investigación

⁶⁷ Folio 7611 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶⁸ Folio 3648 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁶⁹ Folio 8224 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-233755-240719P2", archivo "0 - 2019-07-24 13-05-04-114". Min: 10:05, 26:43, 28:50 y 30:28. Folio 8269 a 8273 del cuaderno público No. 31 del Expediente. Min: 23:15. Folio 8273 del cuaderno público No. 31 del Expediente. Min: 20:42. Folio 486 del cuaderno público No. 4 del Expediente. Min: 20:00 y 27:00.

⁷⁰ Folio 8560 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-300819P2", archivo "0 - 2019-08-30 13-16-57-049". Min: 24:40, 41:23 y 57:48. Folio 8539 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-300819P3", archivo "0 - 2019-08-30 15-48-20-066". Min: 24:32. Folio 8560 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-300819P2", archivo "0 - 2019-08-30 13-16-57-049". Min: 43:45 y 50:14.

⁷¹ Folio 8277 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-290719P2", archivo "0 - 2019-07-29 15-49-45-078". Min: 17:08.

⁷² Folio 8548 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-290819", archivo "0 - 2019-08-29 10-43-41-040". Min: 38:20, 38:49, 55:50 y 1:44:27.

⁷³ Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 17:44, 18:30, 19:20 y 46:01.

⁷⁴ Folio 7541 a 7598 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁷⁵ Folio 8819 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

⁷⁶ Folio 8505 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-270819", archivo "0 - 2019-08-27 10-08-34-030". Min: 17:57.

⁷⁷ Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 6:57.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Cadena de cuatro (4) correos electrónicos cuyo asunto fue "Re: FX Cobertura" – Documento aportado por VINCI junto a su escrito de descargos
- Cadena de tres (3) correos electrónicos con el asunto "Re: Dónde nos encontramos en Girardot Bogotá?"⁷⁸ – Documento aportado por VINCI junto a su escrito de descargos
- Documento denominado "respuestas al proyecto de pliegos de condiciones de la selección abreviada VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016" del 12 de abril de 2016⁷⁹ - Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Testimonio de **DIANA KATHERINE MARROQUÍN** (Asesora financiera externa de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**)⁸⁰ – Practicado durante la etapa de investigación
- Cadena de correos electrónicos del 20 de enero de 2016, cuyo asunto fue "Fwd: Consulta Tercer Carril"⁸¹ – Documentos recaudados durante la etapa de averiguación preliminar
- Presentación del Comité de Bouclage del 17 de junio de 2016, específicamente la diapositiva titulada "Panorama Competitivo"⁸² – Documento aportado por VINCI junto a su escrito de descargos
- Correo electrónico "Re: Avances 3er Carril", enviado el 6 de julio de 2016⁸³ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Correo electrónico "Re: Escenarios"⁸⁴ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Correo electrónico "Re: Our offer"⁸⁵ – Documento aportado por VINCI junto a su escrito de descargos
- Correo electrónico "Re: Dónde nos encontramos en Girardot Bogotá", remitido el 11 de julio de 2016⁸⁶ – Documento aportado por VINCI junto a su escrito de descargos

⁷⁸ Folio 4136 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁷⁹ Numeral 4.3.8. del proyecto de pliego de condiciones: "Se entenderá por Oferta Económica del Originador las condiciones de carácter económico y financiero que fueron objeto de análisis y aprobación por parte de la ANI de conformidad con la ley 1508 y sus decretos reglamentarios y cuyas condiciones fueron fijadas mediante oficio con radicado No. 2015-702-017376-1 de 31 de julio de 2015, el cual corresponde al valor presente al Mes de Referencia del Recaudo de Peaje - VIP equivalente a Dos Billones Novecientos Setenta Mil Setecientos Tres Millones Ciento Cuarenta y Dos Mil Cuatrocientos Veintiséis Pesos del Mes de Referencia (\$2.970.703.142.426). **De acuerdo a lo anterior el Originador NO deberá presentar Oferta Económica y en caso de llegar a presentarla solo se tendrá como Oferta Económica válida el valor señalado en este numeral**". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁸⁰ Folio 8241 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-260719", archivo "0 - 2019-07-26 10-09-22-050". Min: 15: 08.

⁸¹ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "5196910 RE_%20Consulta%20Tercer%20Carril".

⁸² Folio 3775 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁸³ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "4880212 Re_%20Avances%203er%20Carril".

⁸⁴ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "5089454_Re_Escenarios".

⁸⁵ Folio 4117 del cuaderno reservado general del Expediente.

⁸⁶ Folio 4136 del cuaderno reservado general del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Declaraciones de **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual)⁸⁷ – Practicada durante la etapa de investigación
- Testimonio de **JUAN CARLOS DUARTE AVENDAÑO** (empleado de **BENTON** para la época de los hechos)⁸⁸ – Practicado durante la etapa de investigación
- Documento titulado "*Tema de Overseas Investment Company sobre la inversión en el proyecto de la autopista Bogotá – Girardot en Colombia*"⁸⁹ – Documento aportado por **CHINA GEZHOUBA** junto a su escrito de descargos
- Documento titulado "*Sobre la inversión en Colombia de la compañía de inversión en el extranjero Tema en el proyecto del tercer carril de la autopista Bogotá – Girardot*"⁹⁰ Documento aportado por **CHINA GEZHOUBA** junto a su escrito de descargos
- Documento en Excel "*Estrategia para la presentación de la oferta*"⁹¹ – Documento aportado por **CHINA GEZHOUBA** junto a su escrito de descargos
- Testimonio de **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** (Director Regional de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)⁹² – Practicado durante la etapa de investigación
- Testimonio de **HÉCTOR LEÓN MÉNDEZ PARRA** (Director Jurídico de la **CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S.**)⁹³ – Practicado durante la etapa de investigación
- Correos electrónicos del 19 de noviembre de 2015 y 4 y 7 de diciembre de 2015 que acreditan que la información del Viaducto Soacha fue compartida con **SHIKUN & BINUI**⁹⁴ y **HERDOIZA CRESPO**⁹⁵ – Documento aportado durante la etapa de investigación
- Declaración de **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** (Representante Legal de **BENTON**)⁹⁶ – Practicada durante la etapa de investigación
- Correo electrónico del 3 de diciembre de 2015 remitido por **TATIANA OTERO GARCÉS** (Funcionaria de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) a **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** (Director Regional de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) con asunto "*Fwd: Proyecto de APP en Colombia (Confidencial)*"⁹⁷ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar

⁸⁷ Folio 8458 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-210819", archivo "0 - 2019-08-21 10-11-07-124". Min: 51:32, 1:07:56, 1:08:09 y 1:12:10.

⁸⁸ Folio 8429 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-130819", archivo "0 - 2019-08-13 13-16-31-132". Min: 15:40 y 18:10.

⁸⁹ Folio 6623 a 6673 del cuaderno reservado general.

⁹⁰ Folio 6490 a 6529 del cuaderno reservado general.

⁹¹ Folio 5886 del cuaderno reservado general.

⁹² Folio 8238 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-250719P3", archivo "0 - 2019-07-25 15-07-53-061". Min: 28:20.

⁹³ Folio 8264 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-260719P3", archivo "0 - 2019-07-26 15-03-32-067". Min: 52:59 y 55:28.

⁹⁴ Folio 8246 a 8250 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

⁹⁵ Folio 8251 a 8252 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

⁹⁶ Folio 8461 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-200819P3", archivo "0 - 2019-08-20 16-14-44-029". Min: 40:34 y 46:50.

⁹⁷ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "5073242 Fwd_Proyecto de APP en Colombia (Confidencial)".

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

	<ul style="list-style-type: none"> • Correo electrónico "<i>Factibilidad APP Privada Viaducto Soacha (Confidencial)</i>"⁹⁸ enviado el 7 de diciembre de 2015 – Documento aportado durante la etapa de investigación
<p>Conducta investigada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Documento "<i>PUBLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA Y FIJACIÓN DE CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR EVENTUALES TERCEROS INTERESADOS</i>"⁹⁹ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Documento titulado "<i>AVISO MODIFICATORIO</i>"¹⁰⁰ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Documento "<i>PUBLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA Y FIJACIÓN DE CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR EVENTUALES TERCEROS INTERESADOS</i>"¹⁰¹ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Documento "<i>AVISO MODIFICATORIO NO. 3</i>"¹⁰² – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Documento "<i>AVISO MODIFICATORIO NO. 4</i>"¹⁰³ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Manifestaciones de interés presentadas el 10 de noviembre de 2015 a la ANI¹⁰⁴ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Informe Preliminar de Verificación de Requisitos Habilitantes¹⁰⁵ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Respuesta de solicitud de subsanaciones y observaciones de CASS¹⁰⁶ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar • Informe Definitivo de Verificación de Requisitos Habilitantes¹⁰⁷ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar

⁹⁸ Folio 8260 y 8261 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

⁹⁹ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP_PROCESO_15-20-532_124001001_15726544".

¹⁰⁰ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_16495598".

¹⁰¹ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP_PROCESO_15-20-532_124001001_15726544".

¹⁰² Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_16646237", p. 2 y 3.

¹⁰³ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_16705256", p. 2 y 3.

¹⁰⁴ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_17119575", p. 2.

¹⁰⁵ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_17288848", p. 2.

¹⁰⁶ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_17423279".

¹⁰⁷ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_17656952", p. 2

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Resolución No. 2110 del 18 de diciembre de 2015 expedida por la ANI¹⁰⁸ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Aviso de Convocatoria, publicado el 18 de marzo de 2016 se establecieron nuevamente las condiciones de participación de los precalificados, así como se publicó el proyecto de pliego de condiciones y sus respectivos anexos – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Documento "RESPUESTAS AL PROYECTO DE PLIEGOS DE CONDICIONES DE LA SELECCIÓN ABREVIADA VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016"¹⁰⁹ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Resolución No. 520 del 11 de abril de 2016 la ANI ordenó la apertura del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016¹¹⁰, publicando a su vez el pliego de condiciones definitivo¹¹¹ junto con sus anexos correspondientes – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Documento "RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA SELECCIÓN ABREVIADA VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016"¹¹² – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Acta de la Audiencia Pública de Cierre del Proceso¹¹³ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Resolución No. 1234 del 12 de agosto de 2016¹¹⁴ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Acta Audiencia de Apertura de Sobre No. 2 Oferta Económica¹¹⁵ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Testimonio **AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN** (Directora de Licitaciones de CASS para la época de los hechos)¹¹⁶ – Practicado durante la etapa de averiguación preliminar

¹⁰⁸ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_17723098", p. 3 y 4. Contra dicho acto no se interpuso recurso de reposición alguno, motivo por el cual se dejó constancia de tal situación en el archivo titulado CONSTANCIA DE EJECUTORIA, "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_18015864", contenido a folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente. La Resolución No. 2110 de 2015 fue corregida (error de transcripción) por la Resolución No. 075 del 14 de enero de 2016.

¹⁰⁹ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_19122483".

¹¹⁰ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_19119966".

¹¹¹ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_19120028".

¹¹² Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_19558324".

¹¹³ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_20380900", p. 3.

¹¹⁴ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_20947017", p. 2.

¹¹⁵ Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA_PROCESO_15-20-532_124001001_20947064", p. 4.

¹¹⁶ Folio 921 del cuaderno público No. 8 del Expediente, archivo "6 DE OCTUBRE DE 2016". Min: 11:09.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Testimonio **AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN** (Directora de Licitaciones de **CASS** para la época de los hechos)¹¹⁷ – Practicado durante la etapa de investigación
- Declaración **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**¹¹⁸ – Practicada durante la etapa de averiguación preliminar
- Testimonio **PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Gerente Financiera de **CASS** para la época de los hechos)¹¹⁹ – Practicado durante la etapa de averiguación preliminar
- Declaración **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**¹²⁰ – Practicada durante la etapa de investigación
- Declaración **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ**¹²¹ – Practicada durante la etapa de investigación
- Testimonio **PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ** – Practicado durante la etapa de investigación¹²²
- Testimonio **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**)¹²³ – Practicado durante la etapa de averiguación preliminar
- Documentos oficiales de los procesos denominados "**ALIADAS**"¹²⁴, "**TÚNEL DEL TOYO**"¹²⁵, "**NUEVO CAUCA**"¹²⁶, "**PTAR**"¹²⁷ y "**VÍA PACÍFICO**"¹²⁸ – Información revisada de bases públicas durante la etapa de investigación
- Respuesta a requerimiento de información **BBVA S.A.**¹²⁹ – Información recaudada durante la etapa de investigación

¹¹⁷ Folio 8424 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-150819P2", archivo "0 - 2019-08-15 15-15-00-074". Min: 18:20 y 19:34.

¹¹⁸ Folio 1476 del cuaderno público No. 12 del Expediente, carpeta "Declaraciones CASS", archivo "20170828 092755". Min. 59:03.

¹¹⁹ Folio 921 del cuaderno público No. 8 del Expediente, carpeta "TESTIMONIOS CASS 6 DE OCTUBRE DE 2016", archivo "160408_002". Min: 6:51.

¹²⁰ Folio 8474 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-223755-160819", archivo "0 - 2019-08-16 10-12-41-003". Min: 28:45, 59:18 y 48:00.

¹²¹ Folio 8774 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-300919", archivo "0 - 2019-09-30 15-07-00-044". Min: 33:48.

¹²² Folio 8779 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "2019-09-30 13.28.25 Sala de reuniones personales de Sala 19 9325142782", archivo "zoom_0". Min: 14:10, 20:28 y 23:27.

¹²³ Folio 8799 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 34:56.

¹²⁴ La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1954844>.

¹²⁵ La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleproceso.do?numconstancia=15-1-140110>.

¹²⁶ La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1954473>.

¹²⁷ La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProcesoBM.do?numConstancia=13-6-2479>

¹²⁸ La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-20-1375>.

¹²⁹ Folio 7933 del cuaderno público No. 30 del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Respuesta a requerimiento de información **BANCOLOMBIA S.A.**¹³⁰ – Información recaudada durante la etapa de investigación
- Testimonio de **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**)¹³¹ – Practicado durante la etapa de investigación
- Testimonio de **ÁLVARO TORRES MACÍAS** (Presidente de **CONALVIAS** para la época de los hechos)¹³² – Practicados durante la etapa de averiguación preliminar e investigación
- **RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN** (Vicepresidente Jurídico de **CONALVIAS** para la época de los hechos)¹³³ – Practicados durante la etapa de averiguación preliminar e investigación
- **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual)¹³⁴ – Practicada durante la etapa de investigación
- Declaración de **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)¹³⁵ – Practicada durante la etapa de investigación
- Testimonio de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**)¹³⁶ – Practicada durante la etapa de investigación
- Testimonio de **ALEJANDRO VILLEGAS CAÑAS** (Inversor de Banca de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)¹³⁷ – Practicado durante la etapa de investigación

¹³⁰ Folios 7951 a 7952 del cuaderno público No. 30 del Expediente.

¹³¹ Folio 8799 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 50:27, 38:02 y 1:04:02. Y, Folio 8790 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 1:00:52.

¹³² Folio 941 del cuaderno público No. 8 del Expediente, carpeta "GRABACIONES", archivo "161005_003". Min: 38:47. Y, Folio 8335 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-020819", archivo "0 - 2019-08-02 10-05-14-084". Min: 25:25.

¹³³ Folio 941 del cuaderno público No. 8 del Expediente, carpeta "GRABACIONES", archivo "161006_003". Min: 1:30:54. Y, Folio 8339 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-020819P2", archivo "1 - 2019-08-02 15-12-20-087". Min: 1:34:24.

¹³⁴ Folio 8458 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-210819P2", archivo "0 - 2019-08-21 12-21-31-058". Min: 42:36 y 44:15.

¹³⁵ Folio 8499 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 1:40:41 y 30:27.

¹³⁶ Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 13:56 y 18:27.

¹³⁷ Folio 8220 del cuaderno público No. 31 del Expediente. Min: 1:09:50.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Información pública contenida en el **SECOP** de los procesos de selección de Ruta del Sol Tramo I¹³⁸, Doble Calzada Cisneros – Loboguerrero (Tramo 4 fase 1)¹³⁹ y el túnel de la línea¹⁴⁰ – Información revisada de bases públicas durante la etapa de investigación
- **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**), **PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Gerente Financiera de **CASS** para la época de los hechos), **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**), **JULIÁN OSEJO VITERI** es el Director Financiero de **CSS**, empresa independiente a **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE S.A.S.** Según lo establecido por **JULIÁN OSEJO VITERI**¹⁴¹ y ¹⁴²
- Correo electrónico con asunto "*Re: Avances 3er Carril*"¹⁴³ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar
- Registro de llamadas entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**)¹⁴⁴ – Información recaudada durante la etapa de averiguación preliminar
- Archivo denominado "*Sinóptico de Ofertas*", el cual se adjuntó al correo electrónico del 11 de julio de 2016, cuyo asunto fue "*Re: Escenarios*"¹⁴⁵ – Documento recaudado durante la etapa de averiguación preliminar

Fuente: Resolución No. 28751 de 2020.

Como se observa de la información contenida en la anterior tabla, la decisión tuvo como sustento pruebas recaudadas y practicadas tanto en la etapa de averiguación preliminar como de investigación. Así, el argumento de **CONALVIAS** según el cual, aceptar la posición de la Superintendencia implica dejar sin efectos probatorios los testimonios rendidos en la etapa de averiguación preliminar, no tiene ningún fundamento. Esto por cuanto, es quien decide la actuación el competente para otorgarle valor probatorio a cada una de las pruebas en concordancia con los principios ya explicados. En este sentido, no es dable concluir que las declaraciones o testimonios rendidos de manera previa al acto de apertura de investigación pasen a un segundo plano, en el que no se les otorga valor probatorio.

Igualmente, el recurrente reprocha el hecho de que este Despacho hubiese tenido como sustento de algunos de los hechos ratificaciones de declaraciones tomadas durante la etapa de averiguación preliminar que se practicaron en la etapa de investigación, así como en documentos que fueron aportados o recaudados durante esta segunda etapa. Es decir, que supuestamente les hubiera dado prevalencia a las pruebas practicadas durante la etapa de investigación. Refirió expresamente que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las pruebas indiciarias que surgieron a partir de las visitas de inspección administrativa realizadas en la etapa de averiguación preliminar, en

¹³⁸ Información que puede consultarse en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316> (**SECOP I**: Proceso SEA LP 001 2009).

¹³⁹ Información que puede consultarse en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-40366> (**SECOP I**: Proceso LP-SGT-SRN-002-2009).

¹⁴⁰ Información que puede consultarse en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.640923&isFromPublicArea=True&isModal=False> (**SECOP II**: Proceso LP-DO-GTL-043-2018).

¹⁴¹ Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 8:55.

¹⁴² Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 10:47.

¹⁴³ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "4880212 Re_%20Avances%203er%20Carril".

¹⁴⁴ Folio 1119 a 1120 y 1222 a 1227 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁴⁵ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

las que primaba el "factor sorpresa" o espontaneidad de los futuros investigados. Así mismo, tal situación, según el tercero interesado, resulta contrario a las normas procesales que rigen los procedimientos administrativos sancionatorios.

En relación con dichos argumentos, debe recordarse que (i) el análisis probatorio que queda plasmado en la resolución de apertura de investigación es preliminar, propio de esa etapa de la actuación y (ii) el objeto de la etapa de investigación es corroborar o desvirtuar las imputaciones formuladas en el referido acto. De esta manera, no puede perderse de vista, que es en la etapa de investigación que los investigados adquieren tal calidad y su derecho de contradicción y defensa se activa, teniendo la posibilidad de desvirtuar las situaciones de hecho y de derecho plasmadas en el acto de apertura. También, que la etapa probatoria se realiza durante la investigación, y en esta puede la administración recaudar, recolectar y practicar las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles para esclarecer los hechos objeto de investigación. En la misma línea, es menester indicar que los indicios que llevaron a la apertura de investigación fueron controvertidos y quedaron desvirtuados con las pruebas legalmente allegadas y practicadas durante el periodo probatorio. Finalmente, no es posible concluir que la utilización de pruebas practicadas o recaudadas durante la etapa de investigación del presente trámite atente contra las normas procesales de los procedimientos administrativos sancionatorios, puesto que no existe norma que exija el deber de fundar la decisión únicamente en los elementos de prueba que se incorporaron al expediente administrativo durante la etapa de averiguación preliminar.

En consecuencia, independientemente de en qué etapa de la actuación –averiguación preliminar o investigación– se hayan recaudado o practicado las pruebas, siempre que se hayan obtenido e incorporado legalmente al expediente administrativo, estas tienen el valor probatorio que el director del proceso considere deben tener, en ejercicio de las reglas de la sana crítica y la valoración en conjunto. Además, de considerar que únicamente son válidas o que deben tener un mayor valor probatorio las pruebas recaudadas y practicadas en la etapa en la que no existen investigados como tal, no tendría ningún sentido el adelantar la etapa de investigación. Por ende, los argumentos de **CONALVIAS** no tienen ningún sustento legal.

A su vez, de lo señalado en la **Tabla No. 2** y, teniendo en cuenta las visitas de inspección administrativa que se realizaron durante la etapa de averiguación preliminar, sumado al gran número de pruebas que fueron decretadas en las distintas resoluciones a lo largo de la etapa de investigación –Resoluciones No. 26773 del 8 de julio de 2019¹⁴⁶, 47563 del 19 de septiembre de 2019¹⁴⁷, 57467 del 25 de octubre de 2019¹⁴⁸, 59734 del 1 de noviembre de 2019¹⁴⁹ y 65064 del 21 de noviembre de 2019¹⁵⁰– y practicadas con posterioridad, es claro que la administración, representada en esta ocasión por esta Superintendencia, realizó una labor proactiva con el fin de verificar lo ocurrido en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** en concreto frente al comportamiento de quienes fueron investigados en el presente trámite.

Sin embargo, una vez adelantada la investigación y analizadas y valoradas las pruebas obrantes en el Expediente no fue posible corroborar las imputaciones realizadas en la Resolución de Apertura de Investigación. En este entendido, no es posible aceptar el argumento de **CONALVIAS** según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio no fue proactiva en la búsqueda de lo realmente ocurrido durante el desarrollo del proceso de selección adelantado por la **ANI**. Valga aclarar que la presente investigación giró únicamente en torno al comportamiento de **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, BENTON, CHINA GEZHOUBA, CARLOS**

¹⁴⁶ Folios 7688 a 7717 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

¹⁴⁷ Folios 8582 a 8594 del cuaderno público No. 34 del Expediente.

¹⁴⁸ Folios 8853 a 8869 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

¹⁴⁹ Folios 8937 a 8939 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

¹⁵⁰ Folios 9047 a 9049 del cuaderno público No. 36 del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS, en el marco del proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** adelantado por la **ANI**.

Es más, tan objetiva fue esta Superintendencia y la actuación de cada uno de los funcionarios que en ella intervinieron, que la misma duró más de dos (2) años, habiendo puesto a disposición de la misma una gran cantidad de recursos físicos y humanos, siempre buscando esclarecer los fundamentos de hecho y de derecho que quedaron establecidos en la Resolución de Apertura de Investigación. No obstante, al haberse desvirtuado dichos fundamentos a lo largo de la etapa de investigación y no existiendo pruebas que sustenten que las conductas en efecto se presentaron, en concordancia con el principio de legalidad y congruencia, la investigación debía ser archivada. De esta forma, la Superintendencia puso todos sus esfuerzos para determinar lo ocurrido en el marco del proceso de selección objeto de investigación. Por tales motivos, no puede aceptarse el argumento esgrimido por **CONALVIAS** frente a este particular.

Por último, el recurrente indicó que el Despacho no realizó un análisis cualitativo y cuantitativo del resultado de la licitación desde el punto de vista económico. Es decir, que no se presentó un estudio económico que analizara los diferentes escenarios que se hubiesen podido presentar en el proceso de selección adelantado por la **ANI**; análisis que se han realizado para las investigaciones adelantadas bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Pues bien, frente a este punto debe establecerse que si bien los casos objeto de investigación por posibles prácticas restrictivas de la libre competencia suelen contener un alto contenido económico, lo cierto es que no se encuentra estipulado o consagrado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 como tampoco en la Ley 1340 de 2009 que la Superintendencia deba presentar en sus actos administrativos este tipo de ejercicios. De tal forma que, la posibilidad que tiene la Entidad de realizar y presentar un estudio económico y explicar sus resultados es discrecional y de conformidad con los elementos de cada caso concreto, argumento frente al cual se volverá más adelante con mayor detalle. Por ende, el argumento de **CONALVIAS** es infundado.

5.4.2. Los indicios como medio probatorio en el trámite sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica

Por otro lado, **CONALVIAS** manifestó que en el derecho administrativo sancionatorio no se requiere de una prueba directa de la culpabilidad de los investigados. Esta situación se traduce en que la declaratoria de responsabilidad administrativa puede tener como sustento únicamente pruebas indiciarias, hecho que ha sido establecido en el precedente de la Superintendencia. Lo anterior, en línea con lo que ha señalado la Corte Constitucional en torno al menor grado de rigurosidad en la aplicación de la presunción de inocencia en este tipo de procesos comparado con el ámbito del derecho penal.

Con el fin de responder el argumento propuesto por el recurrente, este Despacho señalará las características de los indicios como medio probatorio, enfatizando en que estos, si bien pueden ser el fundamento de la declaratoria de responsabilidad administrativa, lo cierto es que, de existir otros medios probatorios que los desvirtúen y que de un análisis en conjunto e integral demuestren que tal responsabilidad no existió, corresponde a la Autoridad archivar la investigación.

El artículo 165 del CGP señala expresamente que los indicios son, en el ordenamiento jurídico colombiano, un medio probatorio¹⁵¹. Dicha disposición, se encuentra complementada con lo establecido en el artículo 242 del mismo Código, según el cual, el juez o director del proceso debe apreciar "*los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso*"¹⁵². Es decir, los indicios

¹⁵¹ "**Artículo 165. Medios de prueba.** Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales".

¹⁵² Artículo 242 CGP.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

no pueden ser valorados de manera aislada o independiente, sino siempre en conjunto con los demás medios probatorios que obren en el expediente. Sin embargo, como ha sido reconocido por esta Entidad, si de esa valoración de los medios probatorios se encuentra que debido a la gravedad, concordancia y convergencia de los indicios estos demuestran la existencia de una conducta anticompetitiva y no existe prueba alguna que demuestre lo contrario, la Superintendencia de Industria y Comercio debe proceder a declarar la responsabilidad administrativa de los investigados.

Lo anterior, en la medida en que, como ha sido señalado por la Corte Constitucional, el derecho fundamental a la presunción de inocencia –como bien lo señaló CONALVIAS– aplica con menor rigurosidad en el derecho administrativo sancionatorio que en el derecho penal. La Corte ha referido que:

"[E]l principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva)"¹⁵³. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

La diferencia en la aplicación de la rigurosidad en cada uno de los ámbitos comentados está dada especialmente por su naturaleza y finalidad. En este sentido, debe recordarse que la decisión que puede tomar un juez penal eventualmente puede implicar la privación de la libertad de una persona, mientras que una decisión en el campo del derecho administrativo sancionatorio puede implicar la imposición de sanciones de tipo pecuniario.

Ahora bien, el mismo Consejo de Estado ha señalado que la Autoridad de Competencia puede demostrar la existencia de conductas contrarias al régimen de la libre competencia económica a través de indicios. Refirió que:

"Dentro de los acuerdos tácitos, se encuentran las "prácticas concertadas" y las "conscientemente paralelas" (...) Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.

En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia"¹⁵⁴. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En consideración de lo expuesto, esta Superintendencia ha concluido que en el procedimiento por prácticas restrictivas de la competencia (i) puede demostrarse la existencia de una conducta anticompetitiva a través de indicios, una vez realizado el análisis probatorio correspondiente y (ii) no se requiere que exista certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad administrativa. Frente al particular ha referido que:

"En esa medida, resulta evidente que, debido a las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, la intensidad y dimensión con la que se aplica el principio de la presunción de inocencia varía en gran medida. Una de las razones por las cuales se aplica de forma distinta es por el hecho de que en materia penal la sanción que puede adoptar un juez de la República es la privación de la libertad de una persona, mientras que en materia administrativa sancionatoria la decisión no afecta dicho derecho fundamental, sino que esencialmente radica en la facultad que tiene la administración de imponer sanciones pecuniarias.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010.

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01.

“Por la cual se decide un recurso de reposición”

Bajo esta óptica, en el derecho administrativo sancionatorio no se requiere tener certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad de personas que infringieron la ley o cometieron una contravención e imponerles una sanción.

En esa línea, en el proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia, si bien resulta aplicable el principio de la presunción de inocencia como lo ha expresado esta Superintendencia en distintas ocasiones¹⁵⁵, lo cierto es que este no aplica en la misma medida que en el derecho penal.

En ese sentido, para declarar que una persona natural o jurídica es administrativamente responsable de infringir el régimen de la libre competencia económica no se requiere tener certeza más allá de toda duda razonable. Esto no indica que la administración juzgue de manera arbitraria una conducta sin tener en cuenta las pruebas obrantes en el expediente; al contrario, esto implica que la Autoridad, con fundamento en pruebas legalmente recaudadas y practicadas y con plena observancia de los principios de legalidad, tipicidad, debido proceso y prohibición de las sanciones de plano, entre otros, fundamente los motivos por los cuales llega a la conclusión de que en efecto se violó el régimen de la libre competencia económica”.

(...)

“De esta forma, cabría la posibilidad de que en materia administrativa sancionatoria por prácticas restrictivas de la competencia se declare la responsabilidad de una persona con fundamento en indicios. Lógicamente, esto sería procedente tras haber analizado y valorado de manera integral las pruebas obrantes en cada caso concreto”¹⁵⁶.

En consecuencia, si de la valoración probatoria en conjunto que realice el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio en cada caso particular se encuentra que los indicios demuestran la existencia de una conducta anticompetitiva y no están desvirtuados por otros medios probatorios debe declararse la responsabilidad administrativa de los investigados. De lo contrario, resulta claro que la investigación debe archivarse. Así las cosas, como el mismo recurrente señaló, los indicios que sirvieron como fundamento para iniciar la investigación y formular pliego de cargos “ *fueron desvirtuados con ocasión al informe motivado*”¹⁵⁷, es decir, fueron desvirtuados a lo largo de la etapa de investigación del presente trámite. Por ende, el argumento propuesto por **CONALVIAS** no prospera.

Por su parte, y relacionado con los indicios como prueba, el tercero interesado manifestó que de conformidad con lo establecido en el artículo 241 del CGP la conducta de las partes sirve como indicio. Frente a esta situación, es claro que **CONALVIAS** hace énfasis en el comportamiento desplegado por los visitados en el marco de las visitas de inspección administrativa realizadas durante la etapa de averiguación preliminar, en particular lo acontecido en las instalaciones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

Frente a esta consideración debe reiterarse lo señalado en la Resolución No. 28751 de 2020, y es que, si bien el comportamiento procesal de los investigados en un proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia puede ser tenido como un indicio, resulta importante recalcar que estos deben ser sopesados y valorados conforme las pruebas obrantes en el expediente. En otras palabras, mal haría esta Entidad en declarar la responsabilidad administrativa de un investigado únicamente con fundamento en un indicio derivado de su comportamiento a lo largo de la investigación. Perdería sentido la investigación, toda vez que se estaría concentrando su atención en una conducta desplegada durante el trámite y no en la época en el que el supuesto o aparente comportamiento contrario al régimen de la libre competencia tuvo lugar.

De esta forma, como quedó establecido en el numeral 7.6.2. la Resolución recurrida, esta Superintendencia encontró acreditado que el comportamiento desplegado por **CONSTRUCTORA**

¹⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 22233 de 2019, 5704 de 2019 y 35208 de 2019.

¹⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019.

¹⁵⁷ Folio 10423 del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 67).

“Por la cual se decide un recurso de reposición”

CONCRETO el día en que se practicó la visita de inspección administrativa constituyó una infracción al régimen de la libre competencia económica, toda vez que se configuró una obstrucción a la actuación administrativa. De esta manera, mediante “Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019 –confirmada por la Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019–, este Despacho declaró que **CONSTRUCTORA CONCRETO** había incumplido instrucciones y obstruido la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la actuación administrativa identificada con el radicado No. 16-223755”¹⁵⁸. Como se observa, dicho comportamiento fue investigado y sancionado conforme lo dispone el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En resumen, se reitera que:

*“[L]a conducta desplegada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** en el marco de la averiguación preliminar del presente trámite administrativo ya fue objeto de investigación y sanción. De igual forma, de haber encontrado elementos probatorios que sustentaran la existencia de un acuerdo colusorio o la violación de la prohibición general de competencia, tal situación habría sido tenido en cuenta como indicio grave contra la investigada. Sin embargo, en la medida en que, como ha sido explicado en la presente resolución, no existen pruebas que acrediten las infracciones administrativas investigadas, el Despacho debe limitarse a señalar que con solo el comportamiento que ya fue sancionado a **CONSTRUCTORA CONCRETO** no es posible declarar su responsabilidad”¹⁵⁹.*

En síntesis, no le asiste razón a **CONALVIAS** frente a este argumento.

5.4.3. Análisis de las pruebas que sustentaron el archivo de la investigación adelantada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

Señaló **CONALVIAS** que la Superintendencia de Industria y Comercio arribó a conclusiones erradas a partir del contenido de algunas de las pruebas que sustentaron la decisión de archivo de la investigación. Indicó que en la Resolución de Apertura de Investigación la Entidad fue enfática en señalar que hasta ese punto de la actuación existían suficientes pruebas que demostrarían que los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **LA ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** habrían coordinado su comportamiento en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**, habiendo presentado ofertas complementarias. Estableció algunos de los puntos que generan duda en torno a dicho comportamiento:

- No existía una razón objetiva que explicara la presentación de una oferta tan agresiva por parte de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**), puesto que entre más bajo fuera el valor presentado, mayor sería la probabilidad de ser rechazada.
- Los proponentes conocían el valor equivalente al 100% del VPIP y podían así calcular el valor de las medias con el fin de determinar el valor del límite inferior.
- Existía alto grado de certidumbre frente a la obtención de la totalidad del puntaje por la oferta técnica, componente de calidad e incentivo a la oferta nacional. En consecuencia, la dificultad estaría dada por el puntaje que obtendrían en la oferta económica.
- No era posible estimar que los demás proponentes en el proceso de selección presentarían ofertas agresivas, puesto que no podía presumirse que el resto de los proponentes obtendrían rentabilidad presentando un valor tan bajo como propuesta económica.

¹⁵⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 de 2020. (Resolución de Archivo, p. 115).

¹⁵⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 de 2020. (Resolución de Archivo, p. 116).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- Las razones presentadas en la etapa de averiguación preliminar por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** respecto del fundamento del valor de la oferta económica fueron disímiles, además de incoherentes frente a sus expectativas. Esto de conformidad con lo establecido en el correo electrónico con asunto "Re: escenarios" del 11 de julio de 2016, lo señalado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) en declaración y el correo electrónico del 21 de enero de 2016.
- No es coherente que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) hubiera afirmado que para la determinación del valor de la oferta económica hubiesen incurrido en altos costos.
- Las explicaciones dadas por funcionarios de **BENTON** y **CHINA** frente al establecimiento del valor de la oferta económica fueron contradictorias. De lo señalado, puede concluirse que la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIAS VÍAS DEL DESARROLLO** no tuvo la intención de competir.
- Está probado que una oferta económica por debajo del 69,4% del VPIP del **ORIGINADOR** no tendría ninguna posibilidad de ganar (documento "Evaluación de ofertas app de iniciativa privada", realizado por **JUAN CARLOS DUARTE** (Ingeniero de **FERREIRA RUÁN ABOGADOS**)).
- Se encuentra probado con distintos correos electrónicos ("Re: Consulta Tercer Carril" remitido el 21 de enero de 2016, correo del 7 de diciembre de 2015 y correo electrónico del 21 de enero de 2016) que en el marco del proyecto de iniciativa privada Viaducto Soacha – Bogotá existió intercambio de información sensible del proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** entre **BENTON** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**. Esta situación fue negada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**.

Antes de revisar en particular cada uno de estos puntos, considera este Despacho relevante presentar un recuento de los elementos que fundamentaron la decisión de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos en lo que a la imputación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 hace referencia. En primer lugar, se encontró en esa etapa de la actuación que el pliego de condiciones para participar en el proceso de selección, publicado por la **ANI** contuvo reglas facilitadoras de una colusión, especialmente en lo relativo a la calificación de las propuestas, señalando que el único componente sobre el cual existía incertidumbre real era sobre la asignación de puntaje a la oferta económica. Lo anterior, en la medida en que el número de propuestas habilitadas tenía una incidencia en el cálculo de la media. Igualmente, que el valor presentado por el **ORIGINADOR** fuese conocido de manera previa por todos los interesados en participar del proceso de selección, lo cual a su vez implicaba que los posibles proponentes conocieran cuál sería el valor que descalificaría al **ORIGINADOR** sin darle la posibilidad de contraofertar.

Adicionalmente, se afirmó en la Resolución de Apertura de Investigación que, teniendo en cuenta ciertas particularidades llamativas en las ofertas presentadas por **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**), pudo haber existido una estrategia de colusión fundada en la complementariedad de esas dos propuestas, lo cual, a su vez, se vio reforzado por el hecho que las razones esgrimidas por funcionarios de los agentes de mercado visitados no explicaron en correcta forma el motivo por el cuál establecieron los valores en sus ofertas económicas.

Esto fue entonces lo que llevó a que la Delegatura concluyera, de manera preliminar, que los integrantes de esas estructuras plurales habrían celebrado un acuerdo colusorio en el marco del proceso de selección. Sin embargo, tales fundamentos de hecho quedaron desvirtuados con las pruebas que se aportaron y fueron practicadas en la etapa de investigación, tal y como ha sido señalado hasta este punto. No obstante lo anterior, y con el fin de responder en particular las

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

consideraciones que según CONALVIAS le generan duda, para el Despacho a revisar cada una de estas pruebas.

Frente al primer punto, es decir, que no existió una razón objetiva que explicara la presentación de una oferta tan agresiva por parte de la ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO (integrada por BENTON y CHINA GEZHOUBA) lo cual generaba una mayor probabilidad de que su propuesta fuera rechazada, se demostró que BENTON y CHINA GEZHOUBA fundaron la decisión que se materializó en el valor de su oferta económica teniendo en cuenta estudios, consideraciones y expectativas diferentes a los demás proponentes. Así las cosas, las pruebas que sustentaron tal situación fueron:

- Declaración rendida en la etapa de investigación por OMAR AUGUSTO FERREIRA REY (apoderado de BENTON para el proceso de selección contractual), quien indicó que:

"DELEGATURA: ¿Qué tuvieron en cuenta al momento de consignar el valor final del VPIP en la oferta económica de la estructura plural de CGGC y BENTON?"

OMAR AUGUSTO FERREIRA REY: No, para llegar al número de la oferta económica pues lo que se hizo fue una serie y un sinnúmero de ejercicios matemáticos dirigidos a establecer el precio más probable. Vuelvo y repito, los ejercicios se hicieron bajo el supuesto, lo que llamaba Juan Carlos la Modelación de Montecarlo eso es un sinnúmero, no sé cuántos ejercicios hicieron, miles, por no decir millones de ejercicios que se hacen en los escenarios. Partiendo del supuesto de que todos los proponentes se iban a presentar por debajo del 80 y de que la rentabilidad promedio que estamos teniendo en el proyecto es X. En nuestro caso, nuestro piso siempre fue el 60%. Por eso hablo del escenario 60/80. El escenario, el espacio 60% 80%, del 60 al 80. Es decir, que para nosotros y para nuestro modelo financiero y de acuerdo con nuestros costos el proyecto tenía un piso de rentabilidad, estaba en el 60%, o sea nosotros hubiéramos podido presentar el 60% y teníamos una rentabilidad digamos mínima aceptable"¹⁶⁰.

(...)

"OMAR AUGUSTO FERREIRA REY: (...) Esencialmente eso fue lo que dijimos para el momento, es decir, ORIGINADOR 85, 88% de probabilidades de ganar y el resto nos teníamos que repartir un 3, 2 y medio, 4% de probabilidades de ganar. Ahí no había competencia. Y entonces aquí yo quiero que ustedes entiendan el momento histórico en que se produce eso. Se produce entre marzo y abril de 2016, nosotros todavía no... estamos trabajando financieramente, evaluando lo que el pliego definitivo, estamos trabajando en el pliego definitivo. Y no obstante lo que decimos en ese documento surge la idea sencilla de los financieros que dice mire: lo que pasa es que el VPIP que tiene el originador es un VPIP tan alto, 2.97 billones, tan excesiva, tan exorbitante, yo creo que no existe la palabra artificialmente alto, pero tan exorbitante que pueden tener ustedes la certeza que con ese 2.97 ellos podrán mejorar siempre en un 20% su oferta con facilidad. No lo digo yo, lo dijo el representante legal de CONALVIAS en su declaración, sí, con facilidad podemos mejorar nuestra oferta en un 20%.

¿Cuándo nos dimos cuenta de eso? Cuando el mismo proceso de debate de prepliegos y pliegos definitivos, ellos escriben una carta que nos abrió la cabeza y dicen: hombre permítanos como originadores presentar una oferta distinta a la oferta del VPIP del originador de 2.97. Es decir, déjenos presentar otra oferta porque estamos en desventaja. Es decir, se percataron después de mi discurso en esa audiencia que íbamos a presentar ofertas por debajo del 80% y ellos estaban muy altos, eso lo llama uno víctima de su propio invento. ¿Cómo se devuelven las cosas con el tiempo?

En consecuencia, 2.97 era excesivo y ellos solicitan poder presentar una oferta diferente. La administración lee con rigurosidad la norma y no encuentra argumento jurídico que le permita, bajo la 1508, justificar que el ORIGINADOR pueda además de tener el 2.97 como precio vivo de referencia, una nueva oferta. Porque tiene un beneficio que hemos explicado, poder

¹⁶⁰ Folio 8458 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-210819", archivo "0 - 2019-08-21 10-11-07-124". Min: 1:07:56.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

mejorar su oferta en 20% para ganarle a cualquier competidor eventualmente. Hasta 20%¹⁶¹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

- Testimonio de **JUAN CARLOS DUARTE AVENDAÑO** (empleado de **BENTON** para la época de los hechos):

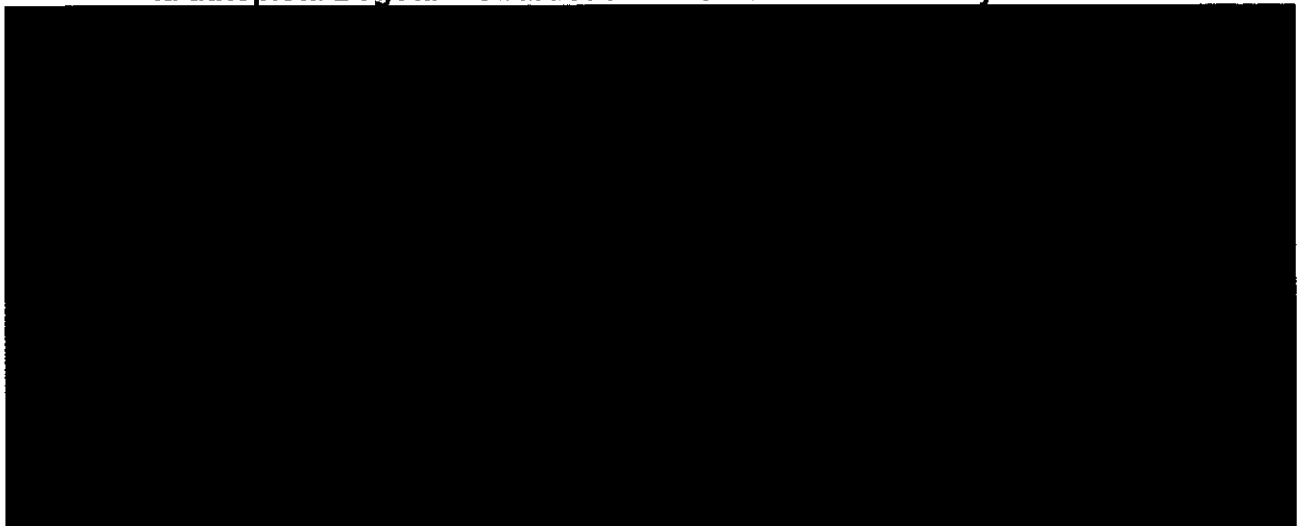
*"**JUAN CARLOS DUARTE AVENDAÑO**: Pues este, ese proceso tiene una regla especial, única y exclusiva para el **ORIGINADOR**, y consistía en que, si se presentaban más proponentes y el **ORIGINADOR** no ganaba la oferta inicial, digámoslo así, entonces el **ORIGINADOR** podía mejorar su oferta, si y sólo si la oferta que ganaba, perdón si la oferta del **ORIGINADOR** tenía un puntaje igual o superior al 80% de la oferta que ganaba.*

(...)

*Entonces ahí hicimos un supuesto que es posiblemente más fuerte y más polémico, de acuerdo al resultado de las ofertas finales y fue, pero tiene toda la lógica por lo menos para mí, y es totalmente sensato y es: asumí que el **ORIGINADOR** siempre va a mejorar su oferta, todas las veces que le sea posible. Es decir, que podría bajarse hasta un 80% de su **VPIP** inicial. Entonces bajo esa, bajo ese supuesto, ese supuesto te da unas implicaciones, eso quiere decir que, si alguien quería tener la posibilidad de ser adjudicatario del proceso pues tenía que presentar una oferta económica inferior al 80%*¹⁶². (Subraya y negrilla fuera de texto original).

- Documento titulado "Tema de Overseas Investment Company sobre la inversión en el proyecto de la autopista Bogotá – Girardot en Colombia"¹⁶³ del 27 de mayo de 2016, elaborado por **OVERSEAS INVESTMENT CO. LTD.** de **CHINA GEZHOUBA**:

Imagen No. 1: Tema de Overseas Investment Company sobre la inversión en el proyecto de la autopista Bogotá – Girardot en Colombia del 27 de mayo de 2016



Fuente: Folios 6623 a 6673 del cuaderno reservado general del Expediente.

- Documento titulado "Sobre la inversión en Colombia de la compañía de inversión en el extranjero Tema en el proyecto del tercer carril de la autopista Bogotá – Girardot"¹⁶⁴:

¹⁶¹ Folio 8458 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-210819", archivo "0 - 2019-08-21 10-11-07-124". Min: 51:32.

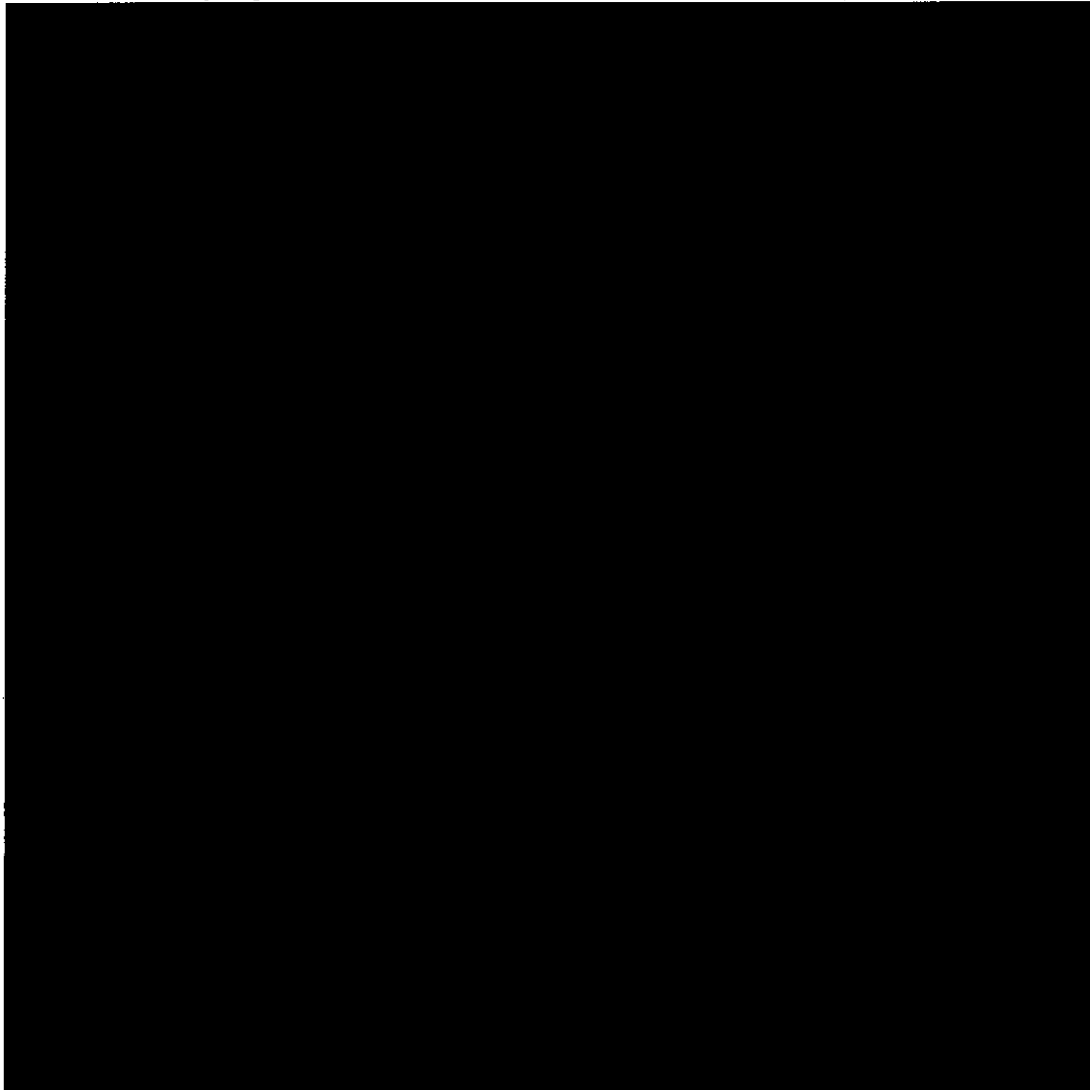
¹⁶² Folio 8429 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-130819", archivo "0 - 2019-08-13 13-16-31-132". Min: 15:40 y 18:10.

¹⁶³ Folio 6623 a 6673 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁶⁴ Folio 6490 a 6529 del cuaderno reservado general del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

**Imagen No. 2: Sobre la inversión en Colombia de la compañía de inversión en el extranjero
Tema en el proyecto del tercer carril de la autopista Bogotá – Girardot**



Fuente: Folios 6524 y 6525 del cuaderno reservado general del Expediente.

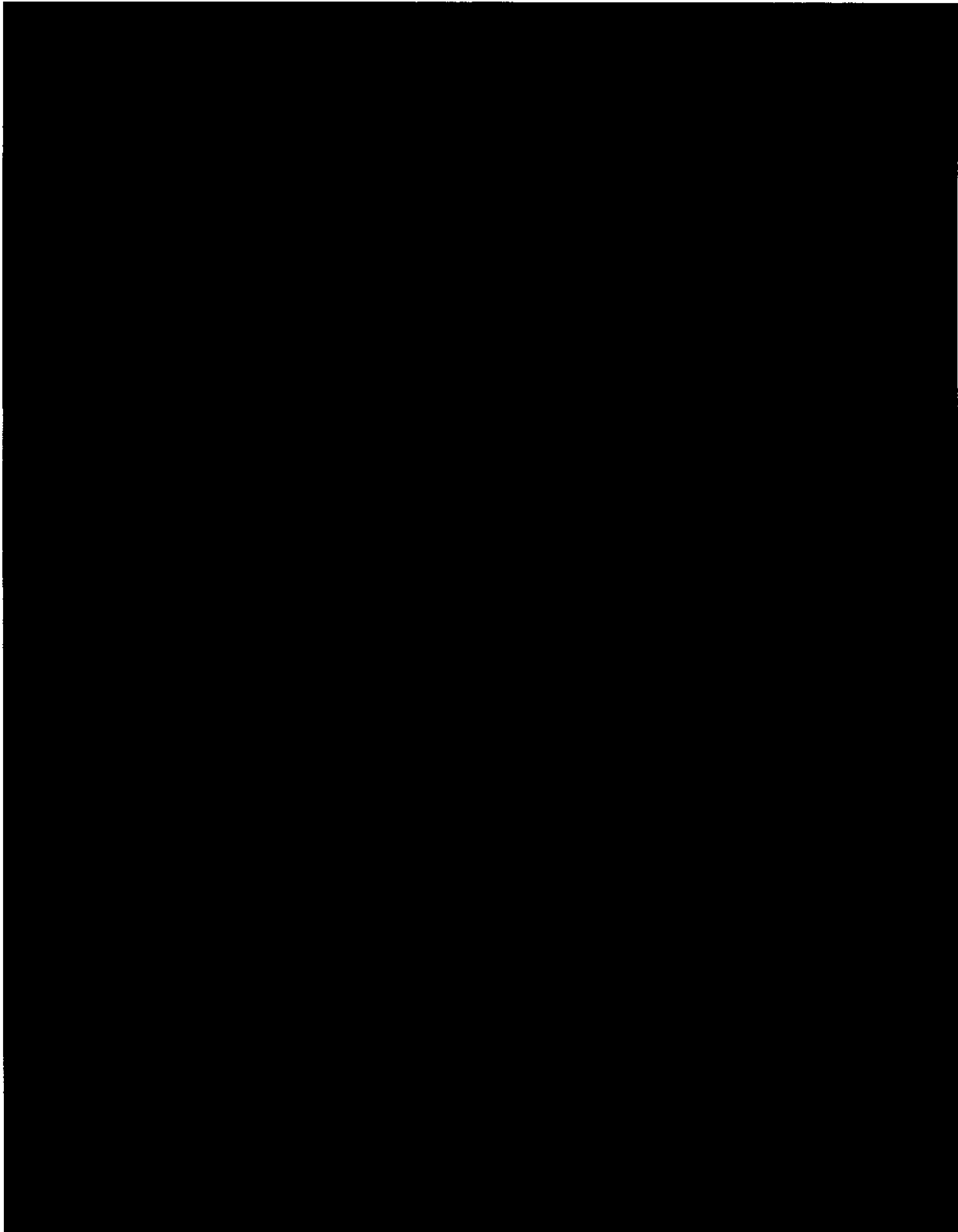
- Documento en Excel "*Estrategia para la presentación de la oferta*"¹⁶⁵ en el que CHINA GEZHOUBA realizó ejercicios probabilísticos el 10 de julio de 2016:

ESPACIO EN BLANCO

¹⁶⁵ Folio 5886 del cuaderno reservado general del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

**Imagen No. 3: Sobre la inversión en Colombia de la compañía de inversión en el extranjero
Tema en el proyecto del tercer carril de la autopista Bogotá – Girardot**



Fuente: Folio 5886 del cuaderno reservado general del Expediente.

Conforme las pruebas presentadas, se encontró que **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** realizaron estudios específicos con el fin de tener insumos y documentos que contribuyeran a su decisión del valor a ofertar en la propuesta que presentaría la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO**. Tal situación además se encuentra en línea con lo señalado por **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual) y **JUAN CARLOS DUARTE AVENDAÑO** (empleado de **BENTON** para la época de los hechos) en la etapa probatoria de la presente actuación.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

En segundo y tercer lugar, el recurrente estableció que los proponentes conocían el valor equivalente al 100% del VPIP y podían así calcular el valor de las medias con el fin de determinar el valor del límite inferior, así como que existía alto grado de certidumbre frente a la obtención de la totalidad del puntaje por la oferta técnica, componente de calidad e incentivo a la oferta nacional. Es decir que el *quid* del asunto estaría dado sobre el valor de la oferta económica que presentarían. En relación con este punto, cabe recalcar que quien estableció los términos y condiciones para participar en el proceso de selección fue la ANI, quien, en calidad de entidad estatal contratante tenía, como lo ha referido el Consejo de Estado, "*una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal*"¹⁶⁶. Bajo este entendido, no es posible imputar un comportamiento anticompetitivo a unos agentes de mercado que lo que hicieron fue interpretar y usar para la determinación y elaboración de sus ofertas los términos y condiciones establecidos por la entidad estatal encargada de adelantar el proceso de selección. No obstante, debe también señalarse que ningún proponente dentro del proceso de selección podía tener certidumbre absoluta frente a la evaluación que realizaría la ANI.

Igualmente, debe reiterarse que:

*"Las reglas de adjudicación redujeron la incertidumbre alrededor del proceso de selección, por cuanto era posible anticipar la oferta límite que le impediría **ORIGINADOR** ejercer su derecho a contraofertar. Por lo anterior, cada agente por aparte podía prever que sus posibilidades de ganar se incrementaban en la medida en que se encontraran por debajo de esa oferta límite, que en este caso correspondía al 80% del valor del VPIP propuesto por el **ORIGINADOR**, siendo la principal restricción la rentabilidad mínima que su estructura de costos le permitiera alcanzar.*

*Así mismo, bajo las reglas del pliego de condiciones, la estrategia ganadora para cualquier agente distinto del **ORIGINADOR** consistía en realizar una oferta suficientemente baja como para que se encontrara debajo del 80% y que a su vez no estuviera debajo del límite inferior de manera que no fuera rechazada. Como el límite inferior se calcula con base en las ofertas hábiles, es posible que la oferta de **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** sea resultado de un ejercicio introspectivo que consideró expectativas de ofertas agresivas por parte de sus competidores, una expectativa racional en un escenario de competencia"*¹⁶⁷.

En cuarto lugar, mencionó **CONALVÍAS** que no era posible para **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** estimar que los demás proponentes del proceso de selección fueran a presentar ofertas tan bajas que se tradujeran en agresivas, puesto que no era presumible que estos obtendrían una rentabilidad con un valor tan bajo. Frente a este punto debe decirse que no existe prueba alguna dentro del Expediente que permita corroborar la afirmación realizada por el recurrente. Además, cada competidor dentro de un proceso de selección está en la libertad de hacer los cálculos, estudios y especulaciones que considere pertinentes y útiles para competir de la mejor manera posible. En este sentido, y como ya quedó señalado en líneas precedentes, se encuentra que **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** tuvieron expectativas totalmente diferentes a las de los demás proponentes del proceso de selección.

Quinto, refiere **CONALVÍAS** que las razones expresadas por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** respecto del valor presentado en la oferta económica fueron disímiles e incoherentes en relación con sus expectativas. Lo anterior, teniendo en cuenta dos correos electrónicos –uno del 21 de enero y otro del 11 de julio de 2016–, así como lo establecido por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) en declaración.

Como primera medida, debe mencionarse que **MARÍA CLARA TIRADO MESA** (Representante Legal de **INDUSTRIAL CONCONCRETO** para la época de los hechos) y **JUAN FELIPE JARAMILLO URIBE** (Gerente Unidad de Negocio **INDUSTRIAL CONCONCRETO**) señalaron en las declaraciones

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, rad. 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

¹⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 de 2020. (Resolución de archivo, p. 112).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

rendidas durante la etapa de averiguación preliminar que el procedimiento de elaboración de la oferta económica se había dado al interior de **CONSTRUCTORA CONCRETO**¹⁶⁸. Por su parte, el correo electrónico del 21 de enero fue el siguiente:

Imagen No. 4: "Fwd: Consulta Tercer Carril"¹⁶⁹

Alejo,

No he conversado con Concol, debido a que la mayoría de consultas son de "fuera" del proyecto, sin embargo, se las contesto con los que considero en ROJO

De: Alejandro Villegas Cañas [mailto:avillegas@conconcreto.com]
Enviado el: miércoles, 20 de enero de 2016 05:13 p.m.
Para: Jairo Ricardo Rojas Rodríguez <jrojas@conconcreto.com>
Asunto: Fwd: Consulta Tercer Carril

Hola Jairo, me da una mano con las preguntas de abajo?

Yo me encargo de la 1ra parte. Seguro que Concol conoce el tema.

Sent from my iPhone

Begin forwarded message:

From: LAHITOU Lucas <lucas.lahitou@vinci-concessions.com>
Date: 20 de enero de 2016, 10:51:14 a.m. GMT-5
To: Alejandro <avillegas@conconcreto.com>
Subject: Consulta Tercer Carril

Hola Alejo,

Halcrow nos ha enviado una lista de preguntas importantes para el estudio de tráfico que creo me podrías ayudar a resolver:

Hipótesis

Estamos utilizando los documentos disponibles en el Cuarto de Datos del sitio web de la ANI (actualizado en septiembre de 2015). No tenemos información más actualizada sobre el proceso de licitación, en particular en lo referente al plazo de concesión, obras a realizar y etapas según unidades funcionales, y tarifas. Sabes si lo que refleja el cuarto de datos es válido (respecto a los plazos de pre-construcción, construcción y explotación y tarifas). Entiendo el proceso actualmente está en stand by por el pleito que tiene la ANI con el concesionario actual, por lo que el proceso de licitación seguramente sufrirá un retraso frente al calendario esperado. En términos de oferta, entiendo deberíamos asumir tres meses, pero tienes algún estimado realista de la fecha de adjudicación y la firma del acta de inicio?

RPTA: Apertura del proceso entre Marzo y Abril de 2016. El plazo estimado para el proceso será el de 3ª ola, es decir aprox 3 meses, lo que indicaría que el plazo de cierre será entre Junio y Julio de 2016

Preguntas

En la recorrida de la red vial hecha en diciembre se identificaron obras de terceros carriles en Devisab. ¿Conocen otras obras relevantes a futuro en la principal alternativa al proyecto?

RPTA: El tercer carril a considerar o a ampliar no será únicamente el realizado por el Devisab, sino también el que será realizado por el INVIAS. En resumen se va a ampliar el tramo entre Bogotá y Anapoima a un tercer carril. Ver siguiente enlace:

<http://www.vicepresidencia.gov.co/prensa/2014/Paginas/Con-la-firma-de-dos-importantes-compromisos-comienza-la-ampliacion-de-la-via-Mosquera-Anapoima-141216.aspx>

Adicionalmente se va a ampliar la salida de la 13, ampliando a un tercer carril el tramo entre Bogotá y Madrid, de la concesión CCFC, lo que permitiría tomar más fácilmente el tramo de Devisab a la altura de Mosquera. Ver siguiente enlace:

<http://www.elespectador.com/noticias/bogota/2015-el-ano-de-obras-articulo-533998>

¿Está prevista la instalación futura de peajes adicionales en vías alternativas o complementarias? (en particular en el tramo entre Tocaima y Agua de Dios administrado por Devisab, en donde se observa un ensanchamiento de la ruta consistente con la ubicación de un peaje)

RPTA: A pesar de que no se conoce las características del OTRO SI firmado por Devisab con el ICCU, si va a existir un peaje en ese sector, no se conoce a partir de qué momento va a funcionar ni las tarifas. Ver enlace:

<http://www.aguadedios-cundinamarca.gov.co/noticias.shtml?apc=ccx-1-&x=2191896>

La concesión Bogotá-Girardot incluirá la "rehabilitación y mantenimiento" del tramo urbano de Soacha. En este tramo el tránsito es caótico por cuestiones de operación más que de diseño (buses y combis, semáforos). ¿Está prevista por parte de los organismos de transporte alguna medida para mejorar la operación en este sector? Las demoras que se producen a la salida de Bogotá son la causa de que en las horas de mayor tránsito el recorrido hasta Girardot pueda demorar más por la autopista que por la vía Mosquera - La Mesa - Girardot.

RPTA: Para la salida a Bogotá, el gobierno está impulsando la app de iniciativa privada del Viaducto Soacha, la cual fue presentada su prefactibilidad el 14 de agosto de 2014 y se le aprobó en diciembre de 2014. Actualmente se encuentra en etapa de factibilidad, según el originador presentó la última versión de factibilidad en noviembre de 2015. Esta iniciativa privada se presentó por el grupo de CGGC y Benton (los chinos, los mismos que se precalificaron para el presente proceso del tercer carril bogota Girardot y competirán con nosotros). Esta app no era aceptada o del "gusto" del Alcalde

¹⁶⁸ Folio 450 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

¹⁶⁹ Folio 2067 del cuaderno público No. 15. Ruta acceso: Custom Content Image([Multi]) [AD1]\D::D:\EVIDENCIAS FORMATO ORIGINAL\RE_ Consulta Tercer Carril[5196910].msg].

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

anterior de Bogotá, pero al parecer es de interés de Peañafoza. Este grupo se acercó a nosotros a principios de diciembre (ya siendo conocedores que competiríamos por la ip de conalvias) para ofrecernos entrar y participar en el proyecto de ip de ellos.

Este grupo nos comentó que la propuesta original presentada por ellos iba desde Bogotá hasta Girardot considerando el "viaducto Soacha" y un túnel de 4 km, sin embargo Conalvias tenía prioridad porque radico días antes la ip, por lo que el gobierno inicialmente intento buscar que se "asociaran" pero en vista de las diferencias deo dos IP'S y por este motivo el gobierno está considerando que el 25% de los ingresos del primer peaje de Conalvias (Chuzacá) se iría para este proyecto del viaducto Soacha, según los originadores, este ingreso representa aprox el 50% de los ingresos del proyecto, los demás se cobraría directamente a los usuarios por peajes tipo free flow.

Los chinos piensan que la propuesta de Conalvias está muy sobrevalorada pues la propuesta original de ellos tenía un alcance mucho mayor que el de Conalvias (viaducto Soacha, Túnel de 4 km) y la fuente de ingresos era la misma que está considerando actualmente conalvias.

La IP de los Chinos es un Viaducto que comienza en Bogotá a la Altura de la intersección de la autopista sur con avenida Boyaca, llega hasta Soacha y construyen intercambiadores a desnivel hasta conectarse con el proyecto de Conalvias.

Saludos,

Lucas Lahitou

Senior Project Manager
VINCI Concessions
1221 Brickell Ave. (NEW)
Miami, FL 33131 USA
Tel. +1(786) 580.5947 (NEW)
Mobile :+1 (786) 566-6200
E-mail:lucas.lahitou@vinci-concessions.com



Fuente: Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente.

El correo electrónico del 11 de julio referido por el recurrente es el siguiente:

Imagen No. 5: "Re: Escenarios"¹⁷⁰

Bernardo,

No se si he entendido bien el análisis. Comparto tu mismo cuadro con tabla de resultados para algunos de los escenarios para facilitar el entendimiento.

No obstante lo anterior, considerando las premisas que detallas en la presentación, matizo lo siguiente:

1. PHR (Alessia) es de la opinion que el espíritu de la ley prevalece sobre el pliego por lo que el Originador no debería quedar eliminado por el simple hecho de mejorar su oferta.

2. Para el escenario agresivo (entiéndase VPIP <80%), es condición necesaria los chinos no presenten oferta hábil o presenten oferta agresiva (<80%). En caso de que se de este escenario, las probabilidades de ganar son algo mejores para el que sea el mas agresivo (podría resultar ganador en 2 de las 3 metodologías). No obstante, dudo que una oferta con un piso del 79% sea la mas agresiva. Adicionalmente, dado que ir en el rango superior (79.99%) es mas apropiado en caso de que los chinos no presenten oferta hábil, creo que en este escenario debemos jugar en el rango alto (79.8 al 79.99%).

3. La oferta del 81.05 sigue teniendo la bondad de que en una de las tres medias aun con los chinos al 100% fija el limite inferior en un rango muy proximo a nuestra oferta (solo si OHL va en el rango 77.28 - 77.00), dejando a Conalvias debajo del limite inferior cuando ejerza el derecho de macheo. Si bien esto va en contravía del espíritu de la ley, no veo factible, dado las condiciones de igualdad,

¹⁷⁰ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente. Ruta de acceso: Custom Content Image([Multi]) [AD1]VD::D:\EVIDENCIAS FORMATO ORIGINAL\Re_Escenarios[5089454].msg].

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

que en este caso no echen a Conalvias ya que sería injusto que no lo echen habiendo echado a OHL por estar por debajo de ese mismo límite inferior.

4. Ir por arriba del 81.05 (ya sea 81.5 o 84, etc), en efecto es apostarle a que el proyecto ya no le resulte viable o atractivo al originador.

Fuente: Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente.

Teniendo en cuenta estos dos correos electrónicos no encuentra el Despacho que exista un punto comparable entre su contenido y lo señalado por **MARÍA CLARA TIRADO MESA** (Representante Legal de **INDUSTRIAL CONCRETO** para la época de los hechos) como **JUAN FELIPE JARAMILLO URIBE** (Gerente Unidad de Negocio **CONSTRUCTORA CONCRETO**). Ahora, frente a lo señalado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), encuentra el Despacho que el tercero interesado no señaló en cuál declaración rendida por este investigado se encuentra la aparente incoherencia frente a las declaraciones de los funcionarios de **INDUSTRIAL CONCRETO** o el contenido de los correos electrónicos. Por ende, no es posible realizar la comparación.

En sexto lugar, estableció **CONALVIAS** que no es coherente que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) hubiera afirmado que para la determinación del valor de la oferta económica hubiesen incurrido en altos costos. Independientemente de cuánto hubiesen costado los estudios realizados por **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI**, lo cierto es que estos sirvieron de insumo para determinar el valor establecido en la propuesta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**). Este no es un hecho que interese a la investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia, sino que más bien es un tema que se enmarca dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad privada de los agentes de mercado.

Séptimo, aseveró el recurrente que las explicaciones dadas por funcionarios de **BENTON** y **CHINA** frente al establecimiento del valor de la oferta económica fueron contradictorias, y que a partir de tales declaraciones puede arribarse a la conclusión de que la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIAS VÍAS DEL DESARROLLO** no tuvo la intención de competir. Tal situación estaría corroborada con el documento "*Evaluación de ofertas app de iniciativa privada*", realizado por **JUAN CARLOS DUARTE** (Ingeniero de **FERREIRA RUÁN ABOGADOS**), según el cual una oferta económica por debajo del 69,4% del VPIP del **ORIGINADOR** no tenía ninguna posibilidad de ser adjudicataria de los 700 puntos.

En relación con la conclusión anotada por el tercero interesado, debe afirmarse que de lo establecido por los distintos funcionarios de **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** que rindieron declaración o testimonio, no es posible arribar a la conclusión de que la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIAS VÍAS DEL DESARROLLO** no tuvo la intención de competir. Al contrario, de lo señalado por ellos pareciera que hubiese sido tal el grado de competencia que buscó desarrollar tal proponente que el valor establecido fue demasiado bajo en comparación con los demás valores. Esto teniendo en cuenta que sus estudios y expectativas, como ya fue reiterado fueron distintas a las de los demás proponentes. A su vez, frente a las supuestas nulas posibilidades que tenía la propuesta debe mencionarse que para el momento en que los proponentes establecieron los valores de sus ofertas existía incertidumbre respecto de cuál sería el límite inferior que determinaría la oferta que recibiría los 700 puntos. De esta forma, no comparte el Despacho la apreciación realizada por el tercero interesado, puesto que si hubiesen existido ofertas con valores inferiores es posible que la oferta de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIAS VÍAS DEL DESARROLLO** no hubiese quedado por debajo del límite inferior.

Finalmente, estableció **CONALVIAS** que en el marco del proyecto de iniciativa privada Viaducto Soacha – Bogotá existió intercambio de información sensible del proyecto **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** entre **BENTON** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** como se observa de dos correos electrónicos en particular ("*Re: Consulta Tercer Carril*" remitido el 21 de enero de 2016 y correo del 7 de diciembre de 2015). Como quedó establecido en la Resolución No. 28751 de 2020 no se encuentra prueba alguna dentro del Expediente que demuestre que tal intercambio haya existido. Así, vale la pena referir el contenido de los correos electrónicos referidos por el recurrente con el fin de revisar

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

que, en efecto, en esas comunicaciones los participantes de los mismos únicamente intercambiaron información relacionada con la APP BOGOTÁ – GIRARDOT. El primero de ellos, que ya fue presentado (el del 21 de enero de 2016), la única referencia que se hizo a la APP BOGOTÁ – GIRARDOT tuvo que ver con la prioridad que tenía CONALVÍAS ante la ANI por haber presentado en primer lugar la iniciativa privada y la propuesta que presentó CHINA GEZHOUBA. Este es el aparte comentado:

"Este grupo nos comentó que la propuesta original presentada por ellos iba desde Bogotá hasta Girardot considerando el "viaducto Soacha" y un túnel de 4 km, sin embargo Conalvías tenía prioridad porque radico días antes la ip, por lo que el gobierno inicialmente intento buscar que se "asociaran" pero en vista de las diferencias dejo dos IP'S y por este motivo el gobierno está considerando que el 25% de los ingresos del primer peaje de Conalvías (Chuzacá) se iría para este proyecto del viaducto Soacha, según los originadores, este ingreso representa aprox el 50% de los ingresos del proyecto, los demás se cobraría directamente a los usuarios por peajes tipo free flow.

Los chinos piensan que la propuesta de Conalvías está muy sobrevalorada pues la propuesta original de ellos tenía un alcance mucho mayor que el de Conalvías (viaducto Soacha, Túnel de 4 km) y la fuente de ingresos era la misma que está considerando actualmente conalvías.

La IP de los Chinos es un Viaducto que comienza en Bogotá a la Altura de la intersección de la autopista sur con avenida Boyaca, llega hasta Soacha y construyen intercambiadores a desnivel hasta conectarse con el proyecto de Conalvías¹⁷¹ (Subraya y negrilla original).

Como se observa, no se realizó ningún tipo de intercambio sensible. Por el otro lado se encuentra el correo del 7 de diciembre de 2015, en el que, como se observa a continuación, únicamente se intercambiaron documentos relacionados con el proyecto Viaducto Soacha. Este fue el correo electrónico y sus anexos:

Imagen No. 6: Correo electrónico "Factibilidad APP Privada Viaducto Soacha (Confidencial)"¹⁷²

Monica Cristancho <mcristancho@ferruan.com> 7 de diciembre de 2015, 10:59
Para: jtorres@conconcreto.com, jrojas@conconcreto.com, Omar Ferreira <oferreira@ferruan.com>, HECTOR LEON MENDEZ PARRA <hectorleonmendez@gmail.com>

Estimados,

Tal y como lo acordamos en nuestra pasada reunión adjunto estoy enviando la información de Factibilidad Técnica del Proyecto Viaducto Soacha. Quedamos muy pendientes de resolver cualquier duda que tengan al respecto.

- 03-11-2015-Juridico APP Privada Viaducto Soacha...
- 13-11-2015-Ambiental APP Privada Viaducto Soach...
- 13-11-2015-Diseño Geometrico APP Privada Viaduc...
- 13-11-2015-Estructuras APP Privada Viaducto Soa...
- 13-11-2015-Geotecnia APP Privada Viaducto Soach...
- 13-11-2015-Hidrologia Hidraulica Socavacion APP...
- 13-11-2015-Operacion y Mantenimiento e ITS APP ...

¹⁷¹ Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente.

¹⁷² Folio 8260 y 8261 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

- 13-11-2015-Pavimentos APP Privada Viaducto Soac...
- 13-11-2015-Predial APP Privada Viaducto Soacha.rar
- 13-11-2015-Presupuesto y Programacion APP Priva...
- 13-11-2015-Redes APP Privada Viaducto Soacha.rar
- 13-11-2015-Señalización APP Privada Viaducto So...
- 13-11-2015-Social APP Privada Viaducto Soacha.rar
- 13-11-2015-Topografía APP Privada Viaducto Soac...
- 13-11-2015-Urbanismo APP Privada Viaducto Soach...

Fuente: Folios 8270 y 8271 del cuaderno público No. 31 del Expediente

En consecuencia, no se encuentra acreditado que hubiere existido un intercambio de información relacionada con el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** en el marco de las reuniones sostenidas con ocasión del proyecto Viaducto Soacha. Tal situación, además, fue corroborada por **JAIRO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ** (Director de Proyectos Especiales de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)¹⁷³; **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** (Director Regional de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)¹⁷⁴; **HÉCTOR LEÓN MÉNDEZ PARRA** (Director Jurídico de la **CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S.**)¹⁷⁵, entre otras pruebas.

Además de lo anterior, y frente a la imputación formulada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el tercero interesado indicó en su recurso que (i) el hecho que el valor de la oferta económica acordado por **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** hubiera sido determinado a través de sendos procedimientos internos no demuestra que la decisión se haya tomado con independencia, (ii) varias de las pruebas que sirvieron como sustento de los ejercicios que determinaron el valor de la oferta económica fueron declaraciones rendidas por funcionarios de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI**, (iii) la Superintendencia realizó varias afirmaciones frente a la supuesta independencia y falta de coordinación de los investigados teniendo como fundamento pruebas con poco valor probatorio, las cuales no se analizaron en conjunto con otras obrantes en el Expediente.

Para responderle a **CONALVIAS**, este Despacho debe señalar enfáticamente que, de las pruebas obrantes en el Expediente, no es posible arribar a la conclusión de que entre **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **VINCI**, **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** existió un acuerdo anticompetitivo. Más cuando ha quedado demostrado que el establecimiento del valor de las ofertas económicas obedeció a procedimientos internos rigurosos, sustentados en estudios e insumos económicos. Así, como ya ha quedado claro el valor de la oferta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) se estableció de manera objetiva. En este entendido, no son únicamente los procedimientos implementados al interior de la compañía lo que demuestra que la decisión haya sido independiente, sino la gran cantidad

¹⁷³ Folio 8224 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-233755-240719P2", archivo "0 - 2019-07-24 13-05-04-114". Min: 30:28.

¹⁷⁴ Folio 8238 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-250719P3", archivo "0 - 2019-07-25 15-07-53-061". Min: 28:20.

¹⁷⁵ Folio 8264 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-260719P3", archivo "0 - 2019-07-26 15-03-32-067". Min: 52:59 y 55:28.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

de pruebas que sirvieron de insumo para el establecimiento del valor de la oferta, las cuales hacen parte integral del Expediente.

Ahora, los ejercicios que sirvieron de insumo para determinar el valor de la oferta económica se encuentran contenidos en documentos que integran el Expediente, los cuales fueron referidos, analizados e interpretados por los investigados en el marco de sus declaraciones y testimonios. En este sentido, algunos de estos documentos fueron:

(i) Correo electrónico con el asunto "3er carril/Bogotá Girardot Comité de Bouclage"¹⁷⁶ del 17 de junio de 2016 y la tabla de contenido de la presentación en PowerPoint adjunta al mensaje¹⁷⁷, en los que se encuentra corroborado que en un comité especial –el Comité de Bouclage– de VINCI en París discutirán los temas señalados en la presentación (descripción de la oportunidad, proceso de licitación y contrato de concesión, panorama competitivo y "nuestra oferta");

(ii) Correo electrónico con el asunto "Comité de Bouclage "Bogotá-Girardot, Colombia"¹⁷⁸ del 27 de junio de 2016 y la tabla de contenido de la presentación en PowerPoint adjunta al mensaje¹⁷⁹, de los que se observa que el Comité de Bouclage se reuniría nuevamente con el fin de discutir otra vez algunos de los temas ya comentados, adicionando la distribución de riesgos del proyecto;

(iii) Correo electrónico con el asunto "Informe de la comisión de riesgos Vinci Concessions Bogotá – Girardot"¹⁸⁰, del 5 de julio de 2016¹⁸¹, en el que se encuentran algunos comentarios relacionados con el proceso de selección objeto de investigación así como el establecimiento de los principales riesgos del proyecto;

*(iv) Presentación en PowerPoint realizada en el Comité de Riesgos el 5 de julio de 2016¹⁸², conforme la cual se corrobora que un comité distinto al anteriormente mencionado –el Comité de Riesgos– analizó la TIR del proyecto, así como los porcentajes respecto al VPIP del **ORIGINADOR** a los cuales podrían presentarse para garantizar la TIR definida;*

(v) Correo electrónico con el asunto "PPT Steering Committee 3er carril"¹⁸³, del 22 de abril de 2016¹⁸⁴ y la tabla de contenido de la presentación adjunta a ese correo¹⁸⁵, documentos de los cuales se desprende que otro comité más –Stering Committe– discutió los siguientes temas del proyecto: descripción, "calendario de adjudicación", "cronograma interno", "presupuestos asesores", "situación del originador", "criterio de adjudicación", "ingresos del proyecto", "principales inquietudes elevadas a la ANI", "próximos pasos y principales (go/no go)";

*(vi) Correo electrónico con el asunto "DTF FINAL para escenarios", del 8 de julio de 2016¹⁸⁶, enviado por **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) a **DIANA KATHERINE MARROQUÍN***

¹⁷⁶ Folio 3751 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁷⁷ Folio 3752 a 3834 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁷⁸ Folio 4879 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁷⁹ Folio 4881 a 4958 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸⁰ Folio 3996 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸¹ Folio 3996 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸² Folio 4050 a 4101 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸³ Folio 3653 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸⁴ Folio 3653 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸⁵ Folio 3654 a 3667 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸⁶ Folio 7611 del cuaderno reservado general del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

(asesora financiera externa de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**); y (vii) mapa conceptual denominado "Conformación del equipo de trabajo"¹⁸⁷ el cual da cuenta de los miembros del equipo de trabajo que discutieron los insumos de la propuesta económica"¹⁸⁸.

Así mismo, debe señalarse nuevamente, que no existe prueba que sustente la posible existencia de un acuerdo anticompetitivo que conlleve a afirmar que el valor de la oferta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) no se hizo de manera objetiva.

En este punto, y en la medida en que en el escrito de reposición aparece vinculada con esta consideración, debe resaltarse que este Despacho rechaza categóricamente la afirmación conforme la cual **CONALVÍAS** menciona que "se realizó una investigación echa (sic) a la medida de los investigados, pues inquieta a mi poderdante el hecho de que la SIC no decretara y practicara pruebas diversas a las traídas de la averiguación preliminar"¹⁸⁹, puesto que es falsa y no a lugar. Conforme se observa en las distintas resoluciones que resolvieron sobre las pruebas a lo largo de la etapa de investigación –Resoluciones No. 26773 del 8 de julio de 2019¹⁹⁰, 47563 del 19 de septiembre de 2019¹⁹¹, 57467 del 25 de octubre de 2019¹⁹², 59734 del 1 de noviembre de 2019¹⁹³ y 65064 del 21 de noviembre de 2019¹⁹⁴–, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó una gran cantidad de pruebas con el fin de esclarecer los hechos que originaron la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos. Igualmente, del mismo Expediente se observa la gran cantidad de pruebas que se incorporaron al mismo, así como las que fueron practicadas.

Por último, refirió el recurrente que la Superintendencia realizó varias afirmaciones frente a la supuesta independencia y falta de coordinación de los investigados teniendo como fundamento pruebas con poco valor probatorio, las cuales no se analizaron en conjunto con otras obrantes en el Expediente. Este punto ya quedó resuelto *in extenso* en el numeral 5.4.1. del presente acto.

Por otro lado, **CONALVÍAS** también manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio (i) no realizó un análisis cualitativo ni cuantitativo del resultado de la licitación desde el punto de vista estadístico, ignorando así el precedente administrativo respecto a colusiones en licitaciones públicas, (ii) no analizó detalladamente cada una de las observaciones presentadas por el tercero interesado al Informe Motivado y (iii) no resolvió varios de los interrogantes relacionados con los comportamientos adelantados por los investigados, en particular los indicios señalados en la Resolución de Apertura de Investigación.

Como primera medida advierte este Despacho que, dependiendo de la complejidad, elementos y pruebas que existan en cada caso, la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y, en concordancia con el artículo 49 del CPACA, debe establecer (i) la individualización de la persona jurídica o natural investigada, (ii) el análisis probatorio que da lugar a la sanción a imponer o a archivar la investigación, (iii) la norma infringida con el comportamiento del investigado y (iv) la decisión de declaratoria de responsabilidad y su consecuente sanción o de archivo de la investigación.

¹⁸⁷ Folio 3648 del cuaderno reservado general del Expediente.

¹⁸⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 28751 de 2020.

¹⁸⁹ Folio 10418 del cuaderno público No. 41 del Expediente. (Recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 28751 de 2020, p. 57).

¹⁹⁰ Folios 7688 a 7717 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

¹⁹¹ Folios 8582 a 8594 del cuaderno público No. 34 del Expediente.

¹⁹² Folios 8853 a 8869 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

¹⁹³ Folios 8937 a 8939 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

¹⁹⁴ Folios 9047 a 9049 del cuaderno público No. 36 del Expediente.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

Además, debe recordarse que en 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**), la cual quedó plasmada de la siguiente manera:

Tabla No. 3: 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.

Este análisis probabilístico, de las posibilidades de éxito de la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (conformada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) fue controvertido en el momento oportuno por los investigados, a través de, entre otras pruebas, 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", respectivamente¹⁹⁵.

Finalmente, es relevante señalar que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 establece que "se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (...) Los que tengan **por objeto la colusión** en las licitaciones o concursos o los que tengan **como efecto** la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas". Bajo este artículo debe enfatizarse en que son dos tipos de conductas las que buscó reprochar el legislador, por un lado, las que tengan por objeto la colusión y por el otro, las que tengan como efecto la distribución de contratos, concursos o fijación de términos de propuestas.

Así las cosas, el Despacho debe ser claro en que en los casos en los que se investiguen conductas *por objeto*, no es necesario probar los efectos de los comportamientos supuestamente anticompetitivos. Es decir, primero el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra sujeto para decidir la actuación a lo establecido en la apertura de investigación y, en segundo lugar, en caso tal en que la conducta imputada sea *por objeto*, el análisis debe limitarse a los elementos que eventualmente den cuenta de la realización de la conducta. De esta manera, en el caso particular, mediante Resolución No. 56979 de 2018 la imputación formulada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 buscó determinar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, es decir que, independientemente de sus efectos este se hubiese materializado. Por ende, el Despacho, en virtud del principio de congruencia se encontraba sujeto a realizar el análisis únicamente frente a los elementos que permitieran vislumbrar la existencia o no del acuerdo colusorio, más allá de realizar análisis cualitativos que demuestren los efectos que la conducta pudo generar en el mercado en particular.

Para sustentar lo anterior, debe afirmarse que esta Entidad ha referido que:

"Este Despacho recuerda que en Colombia, el régimen de libre competencia económica contempla dos modalidades en las que puede presentarse una conducta anticompetitiva. Así, por un lado, están los acuerdos que tienen por objeto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales y, por el otro, aquellos acuerdos que tengan como efecto afectar de alguna manera la libre competencia en los mercados nacionales.

Las anteriores prácticas comportan un carácter restrictivo de la competencia, de forma que bajo una óptica sancionatoria, ambas resultan reprochables, sin que sea necesario que se

¹⁹⁵ Como se observa de la Resolución No. 26773 de 2019 (ARTÍCULO SEXTO, numerales 6.6.3. y 6.9.4.).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

acredite en forma conjunta o concomitante el objeto y el efecto, bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

De esta forma, si en el desarrollo de una actuación administrativa sancionatoria se demuestra la existencia de una práctica anticompetitiva por **objeto**, y que ella tiene efectivamente la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el respectivo mercado, la Autoridad de Competencia, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene la obligación de sancionar por **objeto**.

Al respecto, en el ámbito comparado, la doctrina internacional especializada ha reconocido que si una conducta tiene por su objeto afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta¹⁹⁶. De igual forma, la Corte de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que las prácticas anticompetitivas están prohibidas, sin importar sus efectos, cuando las mismas tienen un objeto contrario a la libre competencia¹⁹⁷. Incluso, en sus "Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal", la Comisión Europea menciona que no es necesario examinar los efectos reales o posibles en el mercado de las restricciones por objeto a la libre competencia¹⁹⁸.

Ahora bien, en el ámbito local, esta Entidad ha establecido en varias ocasiones que sobre las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no es necesario entrar a analizar sus efectos. Así, en Resolución No. 103652 de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

"Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que "Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado"¹⁹⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

(...)

De todas formas, se reitera que dada la naturaleza de la conducta investigada (por "objeto") no es exigible a la Autoridad un análisis a profundidad sobre los efectos, dado que, como quedó mencionado anteriormente, bastaba con que fuera demostrada la potencialidad e idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia en los mercados".

Bajo este entendido, si bien uno de los puntos fundamentales bajo los cuales se abrió la investigación fue por el estudio realizado por la Delegatura, el cual quedó plasmado en la Resolución de Apertura de Investigación, lo cierto es que las pruebas obrantes en el Expediente desvirtuaron los indicios surgidos a partir de dicho estudio. Debe hacerse hincapié en que en las conductas investigadas por *objeto* no se busca determinar los efectos que la conducta pudo haber generado en el mercado. Adicionalmente, conforme lo señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 49 del CPACA, esta Entidad no se encuentra obligada a presentar en el acto administrativo que decide la actuación un análisis cualitativo ni cuantitativo del resultado de la licitación desde el punto de vista estadístico, independientemente de que en algunos casos se opte por hacerlo.

Por su parte, frente al argumento según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio no analizó detalladamente cada una de las observaciones presentadas por el tercero interesado al Informe Motivado, es relevante revisar la Resolución No. 28751 de 2020, en particular las consideraciones presentadas por CONALVIAS y la parte considerativa del acto donde quedaron plasmadas las

¹⁹⁶ Bailey, David. Common Market Law Review, *Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. Pp. 566-567.

¹⁹⁷ Corte de Justicia de la Unión Europea. Caso C 49/92 *Commission v. Anic Participazioni* [1999] ECR I-4125.

¹⁹⁸ Directrices sobre la Aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal. Comisión Europea.

¹⁹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

respuestas. Así las cosas, los argumentos presentados por el tercero interesado respecto del Informe Motivado pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- La Delegatura no realizó una valoración integral de las pruebas obrantes en el Expediente, como tampoco se refirió a cada una de ellas de manera independiente, buscando fundar su recomendación únicamente en pruebas directas, desechando indicios relevantes. Estos medios de prueba sirven para declarar la responsabilidad administrativa de un infractor.
- De los comportamientos desplegados por los investigados quedaron muchas dudas por responder, dudas que surgían de los indicios planteados y señalados en la Resolución de Apertura de Investigación, entre ellos qué hubiese pasado si la ANI hubiera descubierto la falsedad en la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO**, el papel de **VINCI** en la elaboración de la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), así como el comportamiento desplegado por **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** en el marco de la visita de inspección administrativa.
- No existen razones objetivas, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el Expediente, que sustenten el motivo por el cual el valor establecido en la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** fuera tan baja.
- Los términos y condiciones del pliego permitían a los proponentes conocer aspectos fundamentales del proceso con el fin de presentar propuestas que dejaran por fuera del proceso al **ORIGINADOR**.
- Analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el Expediente, se llega a la inevitable conclusión de que, más allá de toda duda razonable, existió un acuerdo colusorio entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).
- Las declaraciones surtidas en la etapa de averiguación preliminar son espontáneas, mientras que las que se rinden en la etapa de investigación son preparadas, por ende, el Despacho debe valorar la actitud de cada uno de los testigos y declarantes en las diligencias de ratificación.

Ahora, en los distintos acápites de la Resolución No. 28751 de 2020 este Despacho dio respuesta a cada una de las consideraciones y argumentaciones presentadas por **CONALVIAS**. Así, en el numeral **7.4.1.** el Despacho, de conformidad con lo señalado en el inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, y luego de haber valorado y analizado cada una de las pruebas, arribó a la conclusión de que:

*"En consecuencia, habiendo realizado el análisis correspondiente del material probatorio citado, para este Despacho es claro que no existen pruebas que permitan concluir que entre **INDUSTRIAL CONCONCRETO, CONSTRUCTORA CONCONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** hubiera existido un acuerdo anticompetitivo.*

*En esa medida, el Despacho comparte íntegramente lo establecido por la Delegatura en el numeral **7.1.** del Informe Motivado, razón por la cual resolverá archivar la investigación adelantada contra los agentes de mercado investigados bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959".*

En este acápite, se hizo referencia expresa a lo relacionado con la investigación adelantada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Sumado al anterior acápite, también en el numeral **7.6.1.** "Consideraciones frente a los argumentos presentados por **CONALVIAS** e **ICEIN** relacionados con el análisis del material probatorio contenido en el Expediente" el Despacho se refirió, entre otros aspectos a las particularidades y finalidades del derecho administrativo sancionatorio en Colombia, los indicios como prueba en los procesos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, la valoración de las pruebas conforme las reglas de la sana crítica, los testimonios rendidos durante la etapa de averiguación preliminar y elementos particulares del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** haciendo expresa mención a la valoración realizada por la

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

Delegatura en el Informe Motivado. Finalmente, en lo relacionado con la participación de VINCI en la estructuración de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) el numeral 7.6.4. titulado "*Consideraciones frente a los argumentos presentados por CONALVIAS relacionados con el papel de VINCI en la estructuración de la propuesta presentada por la ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ*" resolvió los argumentos presentados por **CONALVIAS**.

A su vez, frente a los argumentos de **CONALVIAS** relacionados con la conducta de obstrucción de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** durante la visita de inspección administrativa, el Despacho se refirió a tal comportamiento in extenso en el numeral 7.6.2. "*Consideraciones frente a los argumentos presentados por CONALVIAS e ICEIN relacionados con la conducta de obstrucción de CONSTRUCTORA CONCRETO en el desarrollo de la visita administrativa*".

Así las cosas, este Despacho resolvió en su integridad las observaciones formuladas por el tercero interesado al Informe Motivado.

Por último, en relación con la conducta adelantada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, ha afirmado en distintas ocasiones **CONALVIAS** a lo largo del trámite administrativo, que la propuesta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** contuvo una falsedad. Esta situación quedó advertida desde la presentación del escrito de descargos de **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ**, tal y como se observa del Informe Motivado: "*Para la época que interesa a la presente investigación administrativa, en concreto desde el 29 de mayo de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017, MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ se encontraba realizando estudios fuera del país, por lo que la firma contenida en la presentación de la oferta fue falsificada. Igualmente, en ese periodo no realizó seguimiento a las actividades de OMAR AUGUSTO FERREIRA REY ni de BENTON*"²⁰⁰. Adicionalmente se encuentra que durante la audiencia de alegatos verbales, llevada a cabo el 11 de diciembre de 2019, el apoderado de **CONALVIAS** fue enfático en señalar que ya existía una denuncia penal cursando en la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** respecto de ese aparente delito. Expresamente refirió:

*"Además, surge otra situación anómala y es el hecho que el representante legal se encontraba, de quienes presentaron una propuesta de esas irracionales, fuera del país, y **hoy sabemos que hay una denuncia por falsedad porque fue suplantada la firma de quien tenía la capacidad de representación legal** y esto pues genera inmediatamente una circunstancia que para todos, especialmente para los penalistas, es llamativa porque para que alguien cometa un delito de falsedad y suplante en un proceso de naturaleza al representante legal pues es todo lo contrario a la transparencia, todo lo contrario a un procedimiento sano de libre competencia, alguien tuvo que haber revisado con interés esa maniobra delictiva que está en manos de obviamente la FISCALÍA investigar y tomar las determinaciones ante los jueces de la República"*²⁰¹.

En esa medida, teniendo en cuenta lo señalado por el apoderado del tercero interesado, en la Resolución No. 28751 de 2020 no se compulsaron copias al ente investigador. No obstante lo anterior, y en la medida en que no encuentra el Despacho que exista prueba idónea en el Expediente que demuestre que dicha denuncia penal fue interpuesta, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 906 de 2004²⁰², se resolverá compulsar copias de la presente Resolución para lo de su competencia.

²⁰⁰ Folio 9548 del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 55).

²⁰¹ Folio 9420 del cuaderno público No. 38 del Expediente, carpeta "16-223755-111219", archivo "0 - 2019-12-11 14-10-27-118". Min. 10:54

²⁰² "**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 decide un recurso de reposición”

En consecuencia, por los motivos expuestos en este acápite, no encuentra este Despacho que le asista razón a **CONALVIAS** en relación con las consideraciones relacionadas con la investigación adelantada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5.4.4. Análisis de las pruebas que sustentaron el archivo de la investigación adelantada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Refirió **CONALVIAS** que el Superintendente de Industria y Comercio arribó a conclusiones erradas a partir del contenido de las pruebas que sustentaban la existencia del intercambio de información entre la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**. Así, afirma que el intercambio de información se encuentra probado en el Expediente a través de distintas pruebas y que, a pesar de que dicha conducta no fuese idónea para afectar la libre competencia dentro del proceso de selección ha debido tenerse en cuenta como un indicio en contra de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, quien vigilaba el comportamiento de sus contrincantes. Igualmente, refirió que el Despacho perdió de vista los indicios que fundamentaron la apertura de investigación bajo este cargo y que no analizó detalladamente cada una de las observaciones presentadas al Informe Motivado.

Con el fin de dar respuesta a los tres argumentos presentados por el recurrente, en primer lugar debe recordarse que si bien el Despacho compartió la conclusión de recomendación de archivo de la investigación adelantada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en la Resolución No. 28751 de 2020, analizando las pruebas contenidas en el Expediente se realizaron diversas consideraciones que distaron de la argumentación presentada por la Delegatura. De esta manera, con el fin de presentar el análisis probatorio se revisó el comportamiento desplegado por la **ESTRUCTURA PLURAL TC BOGOTÁ – GIRARDOT** (conformada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**), la situación externa de los integrantes de la estructura plural teniendo en cuenta que durante el periodo de tiempo en el que se adelantó el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** fueron adjudicatarios de grandes proyectos de infraestructura, la relación como socios de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** con **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** debido a la ejecución conjunta de otros proyectos de infraestructura y el rol de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**), su relación con **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y su comportamiento en el caso concreto.

En relación con el comportamiento desplegado por la **ESTRUCTURA PLURAL TC BOGOTÁ – GIRARDOT** (conformada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**) se presentaron y analizaron los documentos oficiales del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**, que dieron cuenta de las acciones realizadas por este proponente. De este análisis se concluyó que:

“CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE formaron la ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ con el fin de presentar manifestación de interés al proceso de selección APP BOGOTÁ – GIRARDOT, circunstancia que en efecto ocurrió. De esta manera, dicha estructura plural hizo parte de la lista de precalificados, lo cual le otorgaba el derecho a presentar propuesta, situación que se verificó el 11 de julio de 2016 como consta en los documentos oficiales del proceso. Posteriormente, su oferta fue declarada por la ANI no hábil en la medida en que no cumplió con requisitos habilitantes referidos a capacidad jurídica y financiera y a documentos de la propuesta. Como quedó expresamente establecido en el numeral 7.1.4. del presente acto, tal situación implicó que el Sobre No. 2 de la propuesta de ese proponente –oferta económica– no fuera abierta y, por ende, no fue tomada en cuenta en el cálculo de la media que determinaría qué proponente recibiría el puntaje máximo por su propuesta económica”²⁰³.

En segundo lugar, frente a la adjudicación de grandes proyectos de infraestructura a **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y sus empresas en el periodo en el que se adelantó el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** se presentaron las siguientes pruebas:

²⁰³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 16 de junio de 2020 (Resolución de Archivo, p. 75).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

Tabla No. 4: Pruebas presentadas relacionadas con la adjudicación de proyectos a CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y sus empresas

No.	Prueba	Conclusión a partir de la prueba / pruebas
1	Testimonio de AIDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN (Directora de Licitaciones de CASS para la época de los hechos) rendida durante la etapa de averiguación preliminar	<p>CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE fueron adjudicatarios de importantes proyectos de concesión entre 2015 y 2016 de importancia nacional, situación que alteró su realidad financiera que generó la imposibilidad de que presentaran el cupo de crédito al proceso de selección de la APP BOGOTÁ – GIRARDOT.</p>
2	Testimonio AIDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN (Directora de Licitaciones de CASS para la época de los hechos) rendida durante la etapa de investigación	
3	Declaración CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE rendido durante la etapa de averiguación preliminar	
4	Declaración CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE rendida en la etapa de investigación	
5	Testimonio PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ (Gerente Financiera de CASS para la época de los hechos) rendido durante la etapa de averiguación preliminar	
6	Testimonio PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ rendido en la etapa de investigación	
7	Declaración CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ rendida en la etapa de investigación	
8	Testimonio RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO (Gerente de Nuevos Negocios de CASS) rendido durante la etapa de investigación	
9	Información pública contenida en el SECOP relacionada con los contratos estatales adjudicados a CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE entre junio de 2015 y mayo de 2016	CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE fueron adjudicatarios durante 2015 y 2016 de contratos estatales cuya sumatoria fue de \$10.135.985.949.016, situación que impactó su capacidad de endeudamiento.
10	Respuesta requerimiento de información BBVA S.A.	Capacidad de endeudamiento se encontraba copada de CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE .
11	Respuesta requerimiento de información BANCOLOMBIA S.A.	
12	Testimonio de RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO (Gerente de Nuevos Negocios de CASS)	Situación económica de CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE varió significativamente.
13	Testimonio ÁLVARO TORRES MACÍAS (Presidente de CONALVIAS para la época de los hechos) rendido durante la etapa de averiguación preliminar	La alteración en la situación financiera de CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE fue conocida por los integrantes de las estructuras plurales que hicieron parte de la lista de precalificados al proceso de selección objeto de investigación.
14	Testimonio RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN (Vicepresidente Jurídico de CONALVIAS para la época de los hechos) rendido durante la etapa de averiguación preliminar	No fue una sorpresa que la propuesta de CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE hubiera resultado no hábil, pues conocía que existía la posibilidad de que estos no quisieran asumir más riesgos debido a los contratos que les habían sido adjudicados.
15	Declaración OMAR AUGUSTO FERREIRA REY (apoderado de BENTON para el proceso de selección contractual) rendido durante la etapa de investigación	Era conocido que CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE venían ejecutando proyectos de concesión que requerían cierres financieros, y que frente a ese particular ya habían tenido dificultades.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

16	Declaración FELIPE ROCHA SILVA (Vicepresidente de Inversiones de CONSTRUCTORA CONCRETO) rendida durante la etapa de investigación	Problemas de la capacidad financiera de CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE eran de público conocimiento.
17	Testimonio JULIÁN OSEJO VITERI (Director Financiero de CSS) rendido durante la etapa de investigación	No conoció los estados financieros ni la situación financiera real de CASS o de CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE .
18	Testimonio ALEJANDRO VILLEGAS CAÑAS (Inversor de Banca de Infraestructura de CONSTRUCTORA CONCRETO) rendido durante la etapa de investigación	Existencia de "rumor" o "chisme" conforme al cual, debido a la adjudicación de grandes proyectos de infraestructura, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE sería complejo para ellos conseguir el cupo de crédito.
19	Testimonio RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO (Gerente de Nuevos Negocios de CASS) rendido durante la etapa de investigación	Las dificultades para la consecución del cupo de crédito por parte de CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE pudo ser anticipada por las empresas del sector y por ende los proponentes de ese proceso desde el 20 de mayo de 2016 con la adjudicación del contrato de VÍA PACÍFICO .

Fuente: Pruebas contenidas en el Expediente, citadas en la Resolución No. 28751 de 2020.

A partir del análisis presentado se arribó a la conclusión de que:

"[E]l público general podía suponer, a partir de la información pública, que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** tenían copada su capacidad de endeudamiento para el momento en que presentaron su propuesta al proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**. Sin embargo, tal situación no se traducía en que tuvieran certeza de que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no conseguiría el cupo de crédito. Esta situación fue referida por funcionarios de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVIAS**, **INFRACÓN** e **ICEIN**) quienes manifestaron – tanto en la etapa de averiguación preliminar como en la de investigación– que la no presentación del cupo de crédito general por parte de las referidas personas no había sido una sorpresa".

Ahora, en cuanto a la relación como socios de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** con **CONSTRUCTORA CONCRETO** debido a la ejecución conjunta de otros proyectos de infraestructura encontró el Despacho, con fundamento en las pruebas presentadas en la Resolución recurrida, que debido a esa relación legítima pudo ser posible que **CONSTRUCTORA CONCRETO** conociera mejor que los demás proponentes que participaron en el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** la situación interna de **CASS**, **CSS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**.

A su vez, frente al papel desempeñado por **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) en el supuesto comportamiento anticompetitivo el Despacho encontró, teniendo en cuenta lo señalado en las declaraciones de **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**), **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, y los testimonios de **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**) y **JULIÁN OSEJO VITERI**, que únicamente cumplía funciones para la empresa **CSS**²⁰⁴. Adicionalmente se encontró que, si bien **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** refirió que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** solía apoyarse en **JULIÁN OSEJO VITERI** para los temas financieros, lo cierto es que no lo incluyó dentro de sus personas de confianza²⁰⁵.

Por su parte, del correo electrónico "Re: Avances 3er Carril" concluyó el Despacho que el mismo refleja la incertidumbre que **CONSTRUCTORA CONCRETO** tenía respecto del comportamiento que

²⁰⁴ Folio 8474 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-223755-160819", archivo "0 - 2019-08-16 10-12-41-003". Min: 48:00. Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 10:47.

²⁰⁵ Folio 87990 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 1:04:02.

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

desplegaría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ**, y no solamente de este proponente. Adicionalmente, en el mensaje referido no se expresa la estrategia que implementarían **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** en el proceso de selección. Por último, debe reiterarse que no existe prueba alguna en el Expediente que demuestre que en las llamadas sostenidas entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) existió intercambio de información sensible que hubiese podido otorgar una ventaja competitiva a **CONSTRUCTORA CONCRETO**. Mucho menos está acreditado que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** o algún funcionario de **CASS** hubiesen ordenado a **JULIÁN OSEJO VITERI** compartir algún tipo de información con funcionarios de otras empresas. Debe reiterarse que:

*"[P]ara este Despacho se encuentra probado que **CONSTRUCTORA CONCRETO** preparó su propuesta buscando tener información de todos sus competidores. Frente al caso particular de análisis de la estrategia o comportamiento que tendría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**), los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) habrían tenido en cuenta el hecho que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** habían sido adjudicatarios de varios proyectos de infraestructura lo cual implicaba una reducción en su capacidad de endeudamiento, lo cual podría verse reflejado en las dificultades que tendrían para conseguir el cupo de crédito que se estableció en los pliegos de condiciones como requisito habilitante de las propuestas; información que fue de público conocimiento.*

*Por su parte, debe reiterarse que el hecho de que **CONSTRUCTORA CONCRETO** fuera socia de **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CSS** en otros procesos de selección y proyectos de concesión, le habría permitido a **CONSTRUCTORA CONCRETO** tener un mayor conocimiento del mercado al momento de realizar sus estimaciones".*

(...)

*"En resumen, encuentra el Despacho que no existen pruebas que permitan arribar a la conclusión de que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** suministraran información sensible o reservada a **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCRETO** y **VINCI** la cual hubiese derivado en una ventaja competitiva a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) dentro del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**"²⁰⁶.*

En consecuencia, no existen pruebas que fundamenten el hecho que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS** hubiesen suministrado información sensible que hubiese representado una ventaja competitiva para **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

Finalmente, es menester recordar que conforme quedó establecido en la Resolución No. 28751 de 2020, la Delegatura dejó establecido en la Resolución de Apertura de Investigación que la información que aparentemente habría suministrado la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) habría resultado idónea para generar efectos coordinados ilícitos en el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** no fueron vinculados a la investigación adelantada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no es posible aseverar que se generaron efectos coordinados en el mercado (que sería el proceso de selección objeto de investigación) frente a dichas personas. Y, respecto de los supuestos efectos coordinados respecto de **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**, al no existir elementos de juicio que sustenten la existencia del acuerdo colusorio con **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**, estos no pudieron haberse generado.

²⁰⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 16 de junio de 2020 (Resolución de Archivo, p. 98).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

Por los motivos expuestos, no es fundado el argumento presentado por **CONALVIAS** conforme al cual el Despacho arribó a conclusiones erradas a partir del contenido de algunas de las pruebas, por cuanto, como se reiteró nuevamente, las pruebas no demuestran que hubiese existido un suministro y uso o intercambio de información sensible que le hubiese generado una ventaja competitiva a la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**).

En segundo lugar, refirió **CONALVIAS** en su recurso que el Despacho había perdido de vista los indicios que sirvieron de fundamento a la imputación y, por ende, a la apertura de investigación. En la Resolución No. 56979 de 2018 la Delegatura, frente al aparente intercambio y uso de información sensible, refirió que la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) habría aumentado sus probabilidades de éxito teniendo en cuenta la certeza que este proponente tuvo frente a la información de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**), esto al existir prueba de comunicaciones y contactos entre funcionarios de los agentes de mercado que integraban las estructuras plurales, información que le habría sido útil a la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) para fijar su estrategia. Así, las pruebas presentadas en ese punto de la investigación fueron: el correo electrónico "*Re Avances 3er Carrii*" del 6 de julio de 2016, la declaración rendida en la etapa de averiguación preliminar por **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**), el archivo "*Sinóptico oferta.pptx*" y la declaración rendida en la etapa de averiguación preliminar por **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**).

Las pruebas referidas, a partir de las cuales se concluyó preliminarmente que estas podrían demostrar la existencia de una conducta anticompetitiva, han sido analizadas y tenidas en cuenta en todo momento tanto por la Delegatura como por el Despacho. No obstante, lo que ocurrió es que, adelantada la etapa probatoria y analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el Expediente, las conclusiones a las que se había arribado en esa etapa de la investigación quedaron desvirtuadas. De esta forma, no se encuentra razón que sustente la afirmación realizada por **CONALVIAS** en su recurso. En tal sentido, el argumento no tiene ninguna vocación de permanencia.

En tercer lugar, refirió el recurrente que en la Resolución No. 28751 de 2020 no se analizaron en detalle las observaciones presentadas al Informe Motivado. Cabe resaltar que las observaciones presentadas por **CONALVIAS** al Informe Motivado en lo que respecta a la investigación adelantada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se resumen de la siguiente manera: (i) el material obrante en el Expediente permite ver que **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** buscó y logró obtener información respecto del comportamiento que desplegaría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** en el proceso de selección, (ii) no existió una verdadera voluntad de competir en franca *lid* por parte de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), pues de haber sido así no hubiera existido contacto entre funcionarios de estas compañías y de otras competidoras y (iii) del análisis de distintos testimonios se llega a la conclusión de que existió un comportamiento coordinado para eliminar la posibilidad del **ORIGINADOR** de contraofertar, así como de aumentar las probabilidades de que la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) resultara adjudicataria.

Encuentra el Despacho que el argumento de **CONALVIAS** no es correcto, puesto que en la Resolución recurrida se hizo énfasis particular al análisis de las pruebas que presentó la Delegatura en el Informe Motivado relacionadas con la conducta investigada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así las cosas, en el numeral 7.4.2. de la Resolución No. 28751 de 2020 se encuentra todo el análisis de las pruebas que dan cuenta que no es posible concluir que entre **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** hubiese existido un suministro y uso o intercambio de información sensible que hubiese otorgado a esta última una ventaja competitiva. Por su lado, en lo que tiene que ver con las reglas del proceso que establecían la posibilidad del **ORIGINADOR** de contraofertar, en el numeral 7.6.1. se respondió dicho argumento, afirmando que:

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

*"Las reglas de adjudicación redujeron la incertidumbre alrededor del proceso de selección, por cuanto era posible anticipar la oferta límite que le impediría **ORIGINADOR** ejercer su derecho a contraofertar. Por lo anterior, cada agente por aparte podía prever que sus posibilidades de ganar se incrementaban en la medida en que se encontraran por debajo de esa oferta límite, que en este caso correspondía al 80% del valor del VPIP propuesto por el **ORIGINADOR**, siendo la principal restricción la rentabilidad mínima que su estructura de costos le permitiera alcanzar.*

*Así mismo, bajo las reglas del pliego de condiciones, la estrategia ganadora para cualquier agente distinto del **ORIGINADOR** consistía en realizar una oferta suficientemente baja como para que se encontrara debajo del 80% y que a su vez no estuviera debajo del límite inferior de manera que no fuera rechazada. Como el límite inferior se calcula con base en las ofertas hábiles, es posible que la oferta de **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** sea resultado de un ejercicio introspectivo que consideró expectativas de ofertas agresivas por parte de sus competidores, una expectativa racional en un escenario de competencia"²⁰⁷.*

En suma, como se observa, la totalidad de observaciones presentadas al Informe Motivado por parte de **CONALVIAS** en lo que a la investigación adelantada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se refiere fueron analizadas y respondidas en la Resolución recurrida.

En síntesis, la decisión contenida en la Resolución No. 28751 de 2020 será confirmada por cuanto no encuentra el Despacho pruebas que permitan concluir que (i) entre **INDUSTRIAL CONCONCRETO**, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, **VINCI**, **VÍA 40 EXPRESS**, **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** se hubiera celebrado un acuerdo colusorio y (ii) existió un intercambio o suministro de información sensible de parte de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **VINCI** que fuera de carácter reservado y que hubiera otorgado una ventaja competitiva a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) en el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 28751 del 16 de junio de 2020.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMPULSAR copias de la presente Resolución a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para lo de su competencia, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el presente acto administrativo a **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, identificada con NIT. 890.318.278-6, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución 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 SILDARRIAGA SILDARRIAGA**, 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;

²⁰⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 del 16 de junio de 2020 (Resolución de Archivo, p.112).

"Por la cual se decide un recurso de reposición"

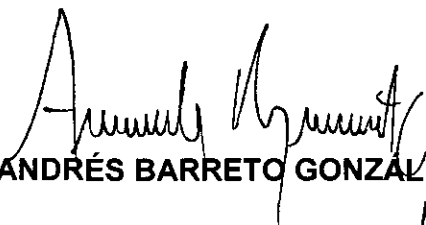
MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ, identificada con C.C. 1.026.259.346; CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ, identificada con C.C. 52.147.563; a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, identificada con NIT. 830.125.996-9; e ICEIN INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., identificada con NIT. 860.005.986-1, entregándoles copia de la misma.

ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, identificada con NIT. 899.999.119-7, y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, identificada con el NIT. 800.152.783-2.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los 01 OCT 2020

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: D. Londoño
Revisó y Aprobó: A. Pérez