



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **SI - 12461** DE 2012

Radicación: 07103235

05 MAR 2012

Por la cual se ordena el archivo una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009 y en el numeral 19, artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 47790 del 06 de septiembre de 2010 la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación, para determinar si la empresa **VENTANAL ARKETIPO S.A.** integrante de la **UNIÓN TEMPORAL ORALIDAD**, y las empresas **OBRACIC LTDA.**, **AVS COLOMBIA LTDA.** Integrantes de **UNIÓN TEMPORAL R.S.A.** y **CODIORJA LTDA.**, y las personas naturales **JORGE IVÁN MORA RESTREPO**, **RICARDO GIRALDO HOYOS** y **GERMÁN HUMBERTO SANDOVAL RICO**, actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, comprobar si las personas naturales: **ANDRÉS NOVOA PINEDA**, Representante Legal de Ventanal Arketipo S.A., **ÁLVARO ORLANDO ROJAS MONTENEGRO**, Representante Legal de Obracic Ltda., **LUIS FERNANDO VALLEJO GUTIÉRREZ**, Representante Legal de AVS Colombia Ltda. y **MOISÉS ORELLANO JAIMES**, Representante Legal de Codiorja Ltda., incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, al haber presuntamente autorizado, ejecutado o tolerado las conductas descritas por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

De acuerdo con lo señalado en la Resolución de Apertura No. 47790 del 6 de septiembre de 2010 la presente Investigación tenía como objeto establecer si las Uniones Temporales **ORALIDAD**, **RSA** y **JOMO**, habrían infringido las normas sobre protección de la competencia mencionadas, al haber realizado un posible acuerdo colusorio en los procesos licitatorios números 17, 18, 21, 22, 23, 25, 28, 36, 37, 41, 42 y 43, adelantados por el Consejo Superior de la Judicatura y los cuales tenían por objeto "*contratar las obras necesarias para la adecuación y dotación de salas de audiencia para el Sistema Penal Acusatorio en los Distritos Judiciales de Riohacha, Valledupar, Barranquilla, Santa Marta, Yopal, Cartagena, Quibdó y Arauca, así como las Interventorías Técnicas y Administrativas para tales obras*".

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 61662 del 09 de noviembre de 2010 y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado ordenó practicar parte de las pruebas solicitadas y tener como tales otras de las

¹ "Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones".

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

aportadas por los investigados. Igualmente, en dicho acto se decretaron pruebas de oficio y se rechazaron algunas de las solicitadas por los Apoderados.

Dicho acto de pruebas fue modificado por las Resoluciones No. 64056 del 22 de noviembre de 2010, No. 68172 del 1 de diciembre de 2010, No. 8143 del 18 de febrero de 2011, No. 13666 del 18 de marzo de 2011, No. 18888 del 04 de abril de 2011.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el "Superintendente") el Informe de Investigación correspondiente debidamente motivado, en el cual se recomienda que:

"Teniendo en cuenta las conductas analizadas durante el curso de esta investigación, y como quiera que a lo largo de esta no se logró probar responsabilidad por parte de los investigados, que permitiera corroborar la existencia de un acuerdo colusorio en los términos del artículo 47 Numeral 9 del Decreto 2153 DE 1992 se recomienda no imponer sanción alguna ...".

CUARTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, se dio traslado a los investigados del Informe Motivado, quienes no presentaron observaciones al mismo.

QUINTO: Que habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites se procede a resolver el presente caso, para lo cual se dará aplicación a lo establecido en el inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992² que señala que *"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"*.

Teniendo en cuenta lo previsto en la norma transcrita, y que en el presente caso en el Informe Motivado que el Delegado presentó al Superintendente se concluye que no se comprobó que los investigados hubieran celebrado un acuerdo colusorio en los términos del artículo 47 numeral 9 del Decreto o 2153 de 1992 y, en consecuencia, se recomendó no imponer sanción alguna, este Despacho acoge integralmente los argumentos expuestos en el referido informe, toda vez que comparte el análisis y las conclusiones a las que llegó la Delegatura, para lo cual procede a motivar sumariamente la decisión.

5.1. COMPETENCIA

La presente investigación fue abierta con base en las facultades contenidas en los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010, disposiciones que atribuían a esta Entidad la función de vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas respecto de todo aquel que desarrollara una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica, sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades. Esta competencia de

² Modificado por el Decreto 19 de 2012

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

la Superintendencia, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 4886 de 2011, hoy se mantiene.

5.2. CONDUCTAS OBJETO DE INVESTIGACIÓN

Los cargos imputados son por la presunta violación de las siguientes disposiciones:

a) Prohibición General

Según el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, "*Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*".

b) Colusión en licitaciones

En el marco de los acuerdos contrarios a las normas sobre libre competencia, se encuentran de forma explícita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, aquellos acuerdos "*[...] que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas [...]*".

De acuerdo con la disposición citada, esta conducta puede ser por objeto o por efecto. Será simplemente por objeto cuando los oferentes o participantes realicen un acuerdo con el fin de afectar, de cualquier manera, su participación independiente en la licitación o concurso o de alterar las condiciones o procedimientos mediante los cuales estos procesos se deben desarrollar con el fin de garantizar el trato igualitario y transparente de los participantes. Adicionalmente, será por efecto cuando efectivamente se logre la distribución de las licitaciones o concursos o la fijación de los términos de las propuestas. En este sentido, como lo afirma la Delegatura, "*independientemente que el agente hubiese buscado un resultado concreto, si éste se presenta debe ser reprochada la conducta que lo ocasionó*".

Como lo ha dicho esta Entidad, los acuerdos colusorios se pueden presentar en cualquiera de las etapas del proceso de contratación a través de diferentes mecanismos como pueden ser los siguientes: (i) intercambios de información sensible sobre las posturas que cada cual presentará en la subasta; (ii) no presentación de posturas por uno o más de los postulantes; (iii) retiro de las posturas ya presentadas; (iv) presentación de posturas manifiestamente destinadas al fracaso; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, los participantes frecuentes en una categoría de licitaciones pueden repartirse los contratos entre sí o turnarse en la posición de ganador o adjudicatario y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la subasta oficial puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo. En esta segunda subasta, a diferencia de la primera, las firmas anteriormente coludidas presentan ahora posturas competitivas³.

³ Extraído del documento "Compras Públicas y Libre Competencia" elaborado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile. (2011)

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

5.3 CONSIDERACIONES SOBRE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

De acuerdo con el Informe Motivado, la situación irregular en mención fue sintetizada por el C.S.J. de la siguiente manera:

"[...] al parecer estas asociaciones se están presentando con precios artificiales, que serían más bajos de los reales, de tal suerte que modifican, a su conveniencia, la media geométrica para efectos de que resulte favorecido siempre el mismo proponente, [...] pues sólo éstas se encontraban dentro del rango exigido para tal efecto, sin que ello necesariamente implique que la media geométrica determinada en cada licitación, fuera la ajustada a los costos reales, pues cabe la duda de que fue modificada, alterada o determinada de manera artificial, al haber presentado ofertas con precios inferiores a los del mercado en detrimento de los demás proponentes, que obraron de buena fe y licitaron ajustados a la realidad financiera"⁴.

Además, la Delegatura encontró rasgos de un posible acuerdo colusorio ante la presentación de un comportamiento simétrico de alternancia entre UT ORALIDAD y UT RSA, particularmente evidente en la tabla 3 del Informe Motivado:

Tabla 3. Propuestas presentada por Licitación^{5y 6}

PROPONENTE	LICITACIÓN							
	LP 17 Arauca	LP 18 B/quilla	LP 21 Quibdo	LP 22 Rioacha	LP 23 Santa Marta	LP 25 Valledupar	LP 28 Yopal	LP 36 Cartagena
Unión Temporal ORALIDAD	92,73%	64,36%	91,10%	91,01%	92,73%	64,31%	91,17%	91,17%
Unión Temporal R.S.A.	92,10%	91,18%	65,95%	64,38%	91,87%	91,22%	64,38%	64,38%
Unión Temporal "distrito" 2007	99,96%	99,92%	92,21%	92,08%	99,96%	92,26%	92,00%	92,17%
Consorcio "distrito"	92,30%	92,26%	92,47%	92,47%	92,26%	92,26%	92,26%	92,26%
Unión Temporal OBRAS SALAS "distrito"	92,00%	91,94%	92,04%	92,04%	91,91%	92,04%	92,08%	93,58%
Unión Temporal MHJ "distrito"	-	92,30%	92,08%	92,30%	-	92,04%	91,93%	92,13%
Consorcio CONSTRUIR	92,16%	-	-	92,54%	92,08%	-	-	-

Fuente: Informe Motivado, sobre información obrante en los folios 7-17 del cuaderno N° 1 del expediente.

De esa forma, los patrones de comportamiento identificados por la Delegatura y descritos en el Informe muestran que:

"[...] además de presentarse diferencias significativas entre las propuestas presentadas por las investigadas y, la de los demás proponentes, esta Delegatura observa una cierta simetría en el actuar de UT ORALIDAD y UT R.S.A., a saber: en los casos en los cuales UT ORALIDAD resultó ganadora con propuestas entre el 91% y el 93% del presupuesto oficial, UT R.S.A. presentó propuestas entre el 64% y el 66%, en tanto que, cuando UT RSA resultó ganadora con propuestas entre el 91% y el 93%, UT ORALIDAD presentó propuestas cercanas al 64% y el 66%. En efecto,

⁴ Ver folio del 5 y 6 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁵ Los espacios en gris son las licitaciones donde los Consorcios que se indican no participaron. Por el contrario, el símbolo (-) indica las licitaciones donde el proponente en mención no fue habilitado para continuar con la evaluación económica. Estos últimos se incluyen, pues en general los participantes no podrían saber quién resultaría descalificado en medio del proceso de selección.

⁶ La palabra "Distrito" corresponde al Distrito judicial involucrado en cada licitación.

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

para esta Delegatura es claro que en los procesos licitatorios donde una de las investigadas presentó una oferta baja en comparación con las demás propuestas, la empresa adjudicataria del proceso resultó ser la otra Unión Temporal investigada".

No obstante, valorada la evidencia que obra en el expediente, concretamente los pliegos de condiciones de las licitaciones investigadas, el mecanismo de adjudicación, los valores de las propuestas investigadas y la información de las empresas participantes, no se logró establecer la existencia de otros aspectos necesarios que permitieran afirmar que la simetría observada y la aparente irrazonabilidad de algunas de las propuestas, sea el resultado indiscutible de un actuar colusorio de las investigadas, como se indica a continuación:

- Pliegos de Condiciones

Las licitaciones analizadas tenían como objeto contractual la **ejecución de obras necesarias para la adecuación y dotación de salas de audiencia** en los diferentes distritos judiciales del país⁷; lo que implicaba que los proponentes participes en el proceso debían actuar como proveedores⁸ y como constructores,⁹ calidades que para el cumplimiento del objeto de los procesos implicaban la conformación de consorcios o uniones temporales, tal y como sucedió.

En la primera parte del análisis, la Delegatura analizó los pliegos de condiciones de las licitaciones en estudio¹⁰, y si bien se considera que "[...] al parecer estos (los pliegos) cumplieron con lo reglado en la normativa vigente a la fecha en la que se dio inicio a los proceso(sic) licitatorios,¹¹ se consideró que el método utilizado en el pliego, no permite, en condiciones de competencia, obtener la propuesta más favorable en términos económicos para la entidad contratante, ya que dejó por fuera de evaluación el valor que pudieron haber ofrecido los proponentes de los costos de obra los cuales, como ya se mencionó, era el 80% del presupuesto total de las obras a realizar".

Este Despacho también considera importante reiterar la importancia de la libre concurrencia en los procesos licitatorios, relevancia que ha sido puesta de presente por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"El principio de libre concurrencia impone así a la administración cargas y actos de garantía en relación con la elaboración de pliegos de condiciones que permitan el acceso y la participación efectiva de todos los posibles interesados y favorecer la competencia entre los participantes, así como la presentación del mayor número de

⁷ Arauca, Barranquilla, Quibdó, Rioacha, Santa Marta, Valledupar, Yopal y Cartagena.

⁸ Como partícipe inscrito, calificado y clasificado en el R.U.P. en la especialidad 20 Grupo 01 : Muebles.

⁹ Como partícipe inscrito, calificado y clasificado en el R.U.P. en la especialidad 04 – Edificaciones y obras de urbanismo. Grupo 03: Remodelación, conservación y mantenimiento.

¹⁰ Es importante precisar que cuando la Delegatura hace referencia a los procesos de selección pública como una subasta lo hace en términos generales y no en los propios de la contratación pública colombiana donde la subasta corresponde a un mecanismo de selección que, de acuerdo con la jurisprudencia, por su propia naturaleza exige pluralidad de oferentes. Al respecto ver. Consejo de Estado, Decisión del 19 de julio de 2010. Expediente No. 38924.

¹¹ Ley 80 de 1993 y Decreto 2170 de 2002

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

ofertas posibles. Por tanto, proscribiremos la discriminación en el acceso al proceso de selección y todas aquellas exigencias que impidan la participación de los interesados en condiciones de igualdad y claridad. Se busca entonces que la Administración pueda beneficiarse, a partir de la oposición de los interesados, de las ventajas económicas que la libre competencia aporta a la contratación estatal al momento de obtener la oferta más favorable"¹².

Sobre el principio de libre competencia también se ha pronunciado la Corte Constitucional, señalando:

"La libre competencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de competencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato"¹³.

Así, también comparte este Despacho la advertencia realizada en el Informe Motivado, en el sentido de que la exigencia de requisitos adicionales como la Certificación del Sistema de Gestión de Calidad ISO 9000_2001, si bien promueve el aseguramiento de la calidad en términos de los procedimientos adelantados y ofrece un marco de mejora continua, no se relaciona directamente con el objeto de adecuación y dotación de las salas en mención, pues analiza solo un aspecto particular restringido al carácter procedimental y operativo y, por el contrario, limita la participación de un mayor número de proponentes. Al respecto, en el Informe se señala:

"El certificado exigido puede ser visto como una obstrucción a la materialización del principio de pluralidad de oferentes y de competencia, toda vez que si la entidad que realizó el proceso licitatorio, estableció como requisito de entrada a la licitación tener dicho certificado, esto pudo afectar la presentación de todas las personas jurídicas o naturales que tengan intención de presentarse y además podría violar el derecho a la igualdad mencionado en el artículo 13 de la Constitución Política, porque <<cualquiera que no tenga el certificado de gestión de calidad puede considerar que es igualmente idóneo para participar y se excluye o se discrimina por no poseer esta condición>>¹⁴; y la entidad pudo exigir garantías a los proponentes sobre la calidad de los muebles".

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1966 del 25 de febrero de 2010. En el mismo sentido ver sentencia del 3 de diciembre de 2007 del Consejo de Estado, Sección Tercera.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009.

¹⁴ Matallana Camacho Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la ley 80 de 1993. Página 509. Segunda edición diciembre 2009. Nomos impresores.

Es precisamente por lo anterior que la Ley 1150 de 2007 estableció en el párrafo segundo del artículo 5 que las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no pueden ser objeto de calificación, ni pueden establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

- Análisis de las ofertas económicas y del mecanismo de adjudicación

En la segunda parte del Informe, la Delegatura analizó las ofertas económicas con el fin de definir si las coincidencias y resultados simétricos son atribuibles a un proceder racional e independiente de cada uno de los investigados, o si pudo ser resultado de la existencia de un acuerdo cuyo objeto y efecto era coludir en las licitaciones N° 18, 21, 22, 25, 28 y 36 de 2007.

De esa forma, el análisis se concentra en el mecanismo de adjudicación previsto en los pliegos de condiciones por el C.S.J., en particular, los requisitos, criterios y variables definidas en los mismos, destacando que:

"Según los pliegos de condiciones, el valor total de la inversión asignada a cada proceso licitatorio se encontraba constituido por dos componentes, el primero de ellos, contemplaba los costos directos, entendidos en los pliegos de condiciones como la inversión causada en costos de obra. El segundo de ellos, hacían (sic) referencia a los costos indirectos relacionados con la operación técnica, administrativa y financiera¹⁵."

Respecto a los primeros, el C.S.J. fijó su valor y correspondía al 80% del valor total de la inversión. Respecto a los segundos, su valor era determinado por los proponentes en su oferta económica y no podía ser superior al 20% de los costos directos o de obra. Se aclara que, al momento de evaluar las propuestas a la luz del mecanismo de adjudicación, el precio máximo que los proponentes podían asignarle a la operación técnica, administrativa y financiera, se convierte en el valor asociado al Presupuesto Oficial (PO) de cada una de las licitaciones bajo estudio".

Se identificó que la variable de decisión relevante para la determinación de la propuesta económica, en cada una de las licitaciones, consistía en que el valor total del porcentaje de la operación técnica administrativa y financiera¹⁶ no podía ser superior al 20% del valor de la inversión causada en costos de obra.

Adicionalmente, el Informe Motivado presentó el mecanismo de adjudicación tomado de los pliegos de condiciones, que se basaba en el cálculo de la media geométrica y posteriormente del cálculo de media geométrica final, como se especifica a continuación:

"Media Geométrica (G): "las propuestas económicas de los oferentes se analizarán con base en la aplicación de una media geométrica, incluyendo una vez el valor de

¹⁵La presente variable, al representar el precio máximo que los proponentes pueden asignarle a una propuesta económica, se convierte en el valor asociado al Presupuesto Oficial (PO) de cada una de las licitaciones bajo estudio.

¹⁶Al interior de dicho porcentaje el proponente debía tener en cuenta los siguientes aspectos: 1) los costos de administración directos e indirectos derivados de la ejecución de la obra; 2) los costos de personal; y, 3) los honorarios e IVA. Ver folio 46 del cuaderno 1 del expediente.

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

presupuesto, determinando el orden de elegibilidad de acuerdo con el precio total absoluto ofrecido¹⁷.

$$G = \sqrt[n+1]{x_1 * x_2 * (...) * x_n * PO} \text{ Donde:}$$

G: Media geométrica

n: Número de propuestas habilitadas

Xn: Valor final de cada propuesta habilitada

PO: Presupuesto oficial

Media Geométrica final (MF): "Se calculará un valor final de media sumando la media geométrica (G) OBTENIDA más una vez el presupuesto oficial y se dividirán entre dos"¹⁸.

Además, los pliegos de condiciones establecen lo que la Delegatura definió como un Rango de inclusión al 5%, que se refiere a un intervalo que se le aplica al resultado de la media final (MF), definiendo un 5% por exceso y por defecto, y descartando así las propuestas cuyos valores se encuentren por fuera de estos rangos.

Retomando la fórmula de la Media Geométrica señalada anteriormente, y evaluando el margen de variación que presentaría G ante una propuesta que se ciñe a la baja, se encuentra que la respuesta de la media geométrica ante variaciones de la variable x_1 , manteniendo el valor de las demás propuestas como exógenas¹⁹ es:

$$\frac{\partial G}{\partial x_1} = \left(\prod_{i \neq j}^n x_i * PO \right)^{\frac{1}{n+1}} * \left(\frac{1}{n+1} \right) * x_1^{-\frac{n}{n+1}} > 0$$

Por lo anterior, se puede afirmar que aun suponiendo un conocimiento previo del número de proponentes²⁰ (tal como lo indica el Informe Motivado), el margen de incidencia de la propuesta x_1 es limitado pues no se tienen indicios de ningún carácter colaborativo e intercambio de información en etapas previas a la presentación de la propuesta que permitiera concluir irrefutablemente que se tenía información cierta sobre valor de las propuestas, esto es, se desconoce en principio el primer componente de la ecuación 2, correspondiente a $(\prod_{i \neq j}^n x_i * PO)$.

De esa forma, al definir el valor de la propuesta x_1 a la baja, la media geométrica tenderá a afectarse en el mismo sentido, pero la variación dependerá en gran medida de los valores que oferten los demás proponentes, siendo así el efecto resultante limitado.

¹⁷ Ver folio 61 y 62 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Esto es, la definición de una derivada parcial. Para mayor información ver Fernández et al (2002) Cálculo Diferencial de varias variables. Thomson Editores Spain, Madrid.

²⁰ No sobra señalar que para este Despacho el presunto conocimiento del posible número de proponentes, derivado de las características del mercado o de la experiencia en el mismo, no es indicativo por sí solo de un intercambio de información sobre las posturas presentadas en el proceso, ni representa de la realización de un acuerdo restrictivo de la competencia.

RESOLUCIÓN NÚMERO **12461** DE 2012 Hoja N°. 9

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

Adicionalmente, retomando la segunda parte del mecanismo de adjudicación definido en el pliego de condiciones y expuesto anteriormente, esto es, el cálculo de la Media Geométrica final (MF), este Despacho encuentra que el efecto marginal que un proponente podría prever sobre la Media Geométrica ante una propuesta a la baja se mitiga ante el cálculo posterior de la Media Geométrica Final (MF). De esta forma, la posibilidad para determinar el efecto marginal final que tendría la propuesta promedio de 64% bien sea por parte de UT ORALIDAD y UT RSA, es limitada lo que dificultaría una actuación de carácter colusoria.

No obstante lo anterior, el Informe Motivado se concentra en determinar si dadas las propuestas económicas, el conocimiento previo del mecanismo de adjudicación y posiblemente el número de proponentes, se presentan rasgos indicativos de un acuerdo colusorio.

Con lo anterior, la Delegatura determinó cuál sería el escenario en el que la propuesta de 64.3% presentada por UT ORALIDAD en las licitaciones públicas No. 18 y 25 resultaría ganadora. Dicho análisis ofrece elementos análogos para los procesos N° 21, 22, 28 y 36, en los cuales UT RSA presentó propuestas alrededor del 65% del presupuesto oficial.

En consecuencia, la Delegatura encontró que *"[...] es posible despejar el valor promedio con el cual tendrían que haberse presentado las demás ofertas para que la propuesta del 64.3% hubiese resultado ganadora"*; y concluye que para que la propuesta en mención hubiese sido ganadora se requería *"que las propuestas de sus competidores (suponiendo siete participantes) se hubiesen presentado, en promedio, alrededor del 27%"*.

Asimismo, la Delegatura adelantó un ejercicio modificando el número de proponentes para hallar la media de los demás oferentes requerida para que la propuesta de UT ORALIDAD resulte ganadora, encontrando así que *"[...] si la expectativa de competidores en el proceso aumenta, la media de los demás oferentes se incrementa pero en valores muy pequeños, ubicándose, en un caso extremo (e hipotético) de veinte oferentes, alrededor del 32,5%"*.

Similarmente, el ejercicio aplicado a las propuestas presentadas por UT RSA cercanas al 65%, señala que *"[...] las propuestas de sus competidores tendrían que haber estado, en promedio, alrededor del 28 o 29% del presupuesto oficial"*.

Al respecto, la Delegatura sugirió que propuestas económicas tan bajas no resultarían económicamente viables, destacando que el porcentaje de referencia presentado por los investigados corresponde al 10% de los costos administrativos, pues se expresa en términos de la inversión causada en costos de obra que estableció el C.S.J. De esa manera, afirma el Informe que *"el precitado 10% es equivalente a un 50% sobre el presupuesto oficial, que para este caso es el valor máximo para los costos de operación técnica, administrativa y financiera"*.

Por lo anterior, el Informe concluyó que un proponente no podría esperar que la oferta de los demás proponentes fuese inferior al 50% del presupuesto oficial, pues estaría asumiendo que se administraría la obra a pérdidas. De esta forma, la Delegatura determina que:

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

"[...] las ofertas presentadas por la UT ORALIDAD en los procesos licitatorios N° 18 y 25 de 2007, así como las presentadas por la UT R.S.A. en las licitaciones N° 21, 22, 28 y 36 de 2007, no son el resultado de un actuar racional e independiente, sino por el contrario pueden indicar la presunta existencia de una conducta colusoria caracterizada por la presentación de ofertas complementarias, definidas éstas como una postura encubierta en la que un participante del acuerdo colusorio presenta una oferta que no tienen la posibilidad de resultar vencedora en el proceso licitatorio, con la intención de asegurar el triunfo del participante designado por el cartel para ser el adjudicatario".

Sobre este último aspecto, cabe señalar que si bien el principio de racionalidad en sentido económico es determinante y necesario para caracterizar la presencia o ausencia de una actuación que tenga como fin lograr un acuerdo de colusión, este rasgo de irracionalidad no necesariamente puede entenderse por sí solo en una condición suficiente para concluir la existencia de dicho acuerdo; será necesario analizar la totalidad de las pruebas que obran en la investigación para determinar si la evidencia de la colusión, sin importar su naturaleza, es concluyente. En el caso concreto se tiene que al analizar los ejercicios de costeo entregados por las partes y la demás evidencia que obra en el expediente, no se pudo acreditar la existencias de actos colaborativos o de actuación conjunta que permitan establecer de manera concluyente que la conducta revelada y el aparente carácter irracional de hacer una propuesta a la baja, responda a un acuerdo colusorio.

De hecho, si se observan los cálculos del valor de la propuesta por licitación de UT ORALIDAD²¹, se encuentra que los valores parciales y unitarios no cambian significativamente entre las diferentes propuestas, excepto aquellos rubros asociados a los costos de legalización (asociados directamente al valor del contrato), o en los casos en que por los diferentes periodos de ejecución del proyecto se aplican algunas mínimas modificaciones.

Asimismo, cabe señalar que el cálculo de las propuestas de UT ORALIDAD aparentemente se ciñe a los costos indirectos establecidos por los pliegos de condiciones, mientras que según lo analizado en los archivos digitales²² de la UT RSA, el establecimiento del valor de la propuesta se deriva de un cálculo detallado de los costos directamente implicados en la obra, al que posteriormente se le aplican porcentajes de gastos administrativos, de imprevistos y utilidad para establecer el valor de la propuesta.

Por tanto, en cuanto a la lógica procedimental para la definición de la propuesta económica, no se encuentran indicios de información compartida, o de actos colaborativos o actuación conjunta, así como tampoco se encuentran señales o pruebas contundentes que permitan concluir la conducta investigada corresponde a la celebración de un acuerdo colusorio.

Por lo anterior, este Despacho comparte lo manifestado en el Informe Motivado la señalar que:

²¹ Información obrante a folios 638-640 del cuaderno N° 3 del expediente.

²² Información obrante en el folio 760 del cuaderno N° 3 del expediente. Ruta: E:\Archivos German sandoval\Archivos Varios GS\Valledupar-Barranquilla\VARIOS\PRESUPUESTO_ESTIMADO_SALA_AUDIENCIA_BQUILLA_26-11.xls

RESOLUCIÓN NÚMERO **CS-12461** DE 2012 Hoja N°. 11

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

"No se halló evidencia material o prueba alguna que demostrara una posible asignación o reparto de mercado por parte de los investigados, respecto de las licitaciones contratadas por el C.S.J. en los diferentes distritos judiciales.

En relación con las ofertas económicas, es claro que las investigadas presentaron propuestas diferentes en más de 25 puntos porcentuales con respecto al presupuesto oficial de cada uno de los Distritos Judiciales, sin embargo, no es posible enmarca (sic) dichas ofertas dentro de las denominadas propuestas complementarias o posturas encubiertas, pues no se logró establecer que no fuera económicamente viable realizar dichas obras con valores cercanos al 64% del presupuesto oficial asignado"

(...)

Tampoco se encontró evidencia de reuniones o intercambio de información entre los integrantes de las diferentes uniones temporales investigadas, con el fin de determinar estrategia alguna, para realizar un acuerdo que tuviera como objeto o como efecto un acuerdo colusorio".

Por todo lo anterior, este Despacho, una vez analizado el expediente y revisado las consideraciones propuestas por la Delegatura, comparte el argumento propuesto en el Informe Motivado de acuerdo al cual no existe evidencia obrante en el expediente de la presente investigación que permita concluir que las investigadas incurrieron en una conducta de ilicitud que atentara contra las disposiciones de libre competencia.

En este mismo orden de ideas al no haberse establecido la existencia de la conducta imputada, no resulta procedente el análisis de la caducidad de la facultad sancionatoria.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar la terminación de la investigación abierta mediante Resolución No. 47790 del 06 de septiembre de 2010 contra **VENTANAL ARKETIPO S.A.** integrante de la **UNIÓN TEMPORAL ORALIDAD**, las empresas **OBRACIC LTDA.**, **AVS COLOMBIA LTDA.** Integrantes de **UNIÓN TEMPORAL R.S.A.**, **CODIORJA LTDA.**, y las personas naturales **JORGE IVÁN MORA RESTREPO**, **RICARDO GIRALDO HOYOS**, **GERMÁN HUMBERTO SANDOVAL RICO**, **ANDRÉS NOVOA PINEDA**, **ÁLVARO ORLANDO ROJAS MONTENEGRO**, **LUIS FERNANDO VALLEJO GUTIÉRREZ** y **MOISÉS ORELLANO JAIMES**, conforme a lo considerado en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Archivar la presente investigación.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al Dr. **CARLOS ALBERTO DUQUE RESTREPO** apoderado de **VENTANAL ARKETIPO S.A.**, **OBRACIC LTDA.**, **AVS COLOMBIA LTDA.**, **CODIORJA LTDA.**, y las personas naturales **JORGE IVÁN MORA RESTREPO**, **RICARDO GIRALDO HOYOS**, **GERMÁN HUMBERTO SANDOVAL RICO**, **ANDRÉS NOVOA PINEDA**, **ÁLVARO ORLANDO**

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

ROJAS MONTENEGRO, LUIS FERNANDO VALLEJO GUTIÉRREZ y MOISÉS ORELLANO JAIMES, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación:

ARTÍCULO CUARTO: Comunicar el contenido del presente acto administrativo a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Sala Administrativa, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE 05 MAR 2012
Dada en Bogotá D.C., a los


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Juan Pablo Herrera, Dennis Sánchez y Piedad Fuentes.
Revisó y Aprobó: Carolina Salazar

NOTIFICACIONES:

Doctor
CARLOS ALBERTO DUQUE RESTREPO
C.C. 71.701.633
T.P. 61912 CSJ
Apoderado Especial
VENTANAL ARKETIPO S.A.,
OBRACIC LTDA.,
AVS COLOMBIA LTDA.,
CODIORJA LTDA.,
y las personas naturales
JORGE IVÁN MORA RESTREPO,
RICARDO GIRALDO HOYOS,
GERMÁN HUMBERTO SANDOVAL RICO,
ANDRÉS NOVOA PINEDA,
ÁLVARO ORLANDO ROJAS MONTENEGRO,
LUIS FERNANDO VALLEJO GUTIÉRREZ y
MOISÉS ORELLANO JAIMES,
Dirección:
Calle 47 No. 69ª -23 Oficina 301,
Medellín

COMUNICACIONES:

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Sala Administrativa,
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

RESOLUCIÓN NÚMERO **DE-12461** DE 2012 Hoja N°. 13

" Por la cual se ordena el archivo una investigación"

Calle 12 7-65
Bogotá D.C.