



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 19924 DE 2003  
( 18 JUL. 2003 )

Por la cual se cierra una investigación

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**  
en uso de sus atribuciones legales y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia encontró mérito suficiente para considerar que las conductas desarrolladas por los miembros de la Unión Temporal Vías Transmilenio, integrada por las siguientes personas naturales: Diego Ignacio Arenas y Juan Carlos Roa Rojas y los miembros de la Unión Temporal Tunal, integrada por las siguientes personas naturales: Diego Fernando Fonseca Chávez y Camilo Leonardo Fonseca Chávez, podrían ser contrarias a lo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por ello, mediante resolución número 31932 del 30 de septiembre de 2002, se abrió investigación por prácticas comerciales restrictivas en contra de las personas anteriormente relacionadas, para determinar si actuaron en contravención de la citada disposición.

**SEGUNDO:** Que en aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 12 de diciembre de 2002, esta Superintendencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, el Jefe de División Promoción de la Competencia, elaboró el Informe Motivado que contiene el resultado de la investigación.

**TERCERO:** Que tal y como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio radicado bajo el número 02082086/00010002 del 30 de abril de 2003, se dio traslado del informe motivado a los investigados, manifestando su conformidad con el mismo, en los siguientes términos:

*"Estamos de acuerdo con la conclusión del informe rendido por esa División en el sentido de que no pudo establecerse con el acervo probatorio que la conducta de las personas naturales investigadas, no se adecua a los supuestos contenidos en el numeral 9 del Art. 47 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, compartimos los argumentos esgrimidos en el informe en el sentido de que no concurren los supuestos configurativos de la citada norma, ya que aunque no se dijo expresamente en la parte motiva del informe, mal podría presentarse como prueba fehaciente de las supuestas maniobras colusorias, un documento que carece de la firma de de (sic) uno de las personas de quien se presume pudo provenir dicho acuerdo por el simple hecho de que se mencione en el mismo su nombre por un error involuntario de digitación o mecanográfico. De llegar a prosperar una investigación en tal sentido, resultaría fácil que un tercero esta (sic) vez si de forma malintencionada, con el fin de excluir del proceso licitatorio a un competidor, mencione el nombre del contratista a excluir (sin obtener su firma) en documento de conformación consorcial o de unión temporal. De prosperar esta tesis, sería muy fácil hacer daño a contratistas de reconocido prestigio en el País y dejarlos por fuera del proceso licitatorio, como ocurrió con mis representados. Igualmente podría ocurrir que un contratista mal intencionado consigne el nombre de un funcionario publico de los niveles directivo, asesor o ejecutivo de la entidad contratante, sin contar con la firma de este (sic) y con ese solo hecho provocar una investigación por*

Por la cual se cierra una investigación

*prácticas colusorias.*

*"Ahora bien, como se expuso, no existe prueba documental o testimonial que haga colegir la existencia de actos colusorios, debemos referirnos entonces a los casos en que a Ley y solo la Ley, los presume tratándose de procesos licitatorios y así tenemos en los literales f, g, h, del numeral 1° y a, b, c, d y e del numeral 2 del Art. 8° de la Ley 80 de 1993, encontrando las conductas que pueden llegar a ser prácticas colusorias y por ello ha llegado el legislador a consagrarlas como inhabilidades o incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Del examen de la norma citada no existe una, que aplique a proponentes o personas que hayan conformado con anterioridad otra unión temporal como es el caso de mis representados o vínculos de amistad entre los proponentes o nexos comerciales o profesionales entre los mismos que hagan presumir conductas colusorias. De ahí que si no existe prueba fehaciente de un acuerdo colusorio, la Ley solo permite presumirla en los casos expresamente expuestos, habiéndolos consagrados como inhabilidades.*

*"En aras de la brevedad transcribimos los actos colusorios que son consagrados como inhabilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:*

*f) Los servidores públicos*

*g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.*

*h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso."*

*"La Corte Constitucional en Sentencia del 22 de septiembre de 1994 (mencionada en el Estatuto de Contratación Administrativa, autor: Didier Morales Restrepo (Pág.36), ha expuesto "... las limitaciones que la Ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, (sic) no es susceptibles de ser restringida adicionalmente so pena de vulnerar sus núcleos esenciales."*

*"Así las cosas, so pretexto de evitar actos colusorios, no nos parece serio y razonable restringir adicionalmente la actividad económica y la libre competencia, como en efecto se hizo con mis representados, al impedir una participación en el proceso de contratación de que trata esta investigación, por el solo hecho de bautizar o inferir como actos colusorios un error mecanográfico.*

*"A manera de ejemplo encontramos una presunta conducta colusoria consagrada en el literal h) del Art. 8° de la Ley 80 de 1993, cuando establece una inhabilidad para contratar a cargo de los (sic) sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad (sic) o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso. En este caso, de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, se inhabilita (sic) al último proponente en presentar la propuesta; presumiendo la buena fe del participante, pero no ocurrió así en el caso en comento, procediendo el IDU a rechazar de plano las dos propuestas.*

*"Por lo anterior señor Superintendente, solicitamos a Ud. en forma comedida, acoger el concepto rendido en el informe de la referencia, por la División de Promoción para la Competencia, profiriendo a favor de mis representados una resolución inhibitoria al no adecuarse la conducta investigada con los parámetros contenidos en el numeral 9 del Art. 47 del Decreto 2153 de 1992, ordenando como consecuencia el archivo de las diligencias."*

**CUARTO:** Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

Por la cual se cierra una investigación

### 1. Tiempo de los hechos investigados

La conducta que se tratará en esta resolución, hace referencia a hechos que se llevaron a cabo en agosto de 2002, en desarrollo de la Convocatoria N° IDU – CD- DTMV- 024/2002, según denuncia presentada el 13 de septiembre por la Subdirectora Técnica de Licitaciones y Concursos del IDU.

### 2. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

De conformidad con el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, a la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales.

En desarrollo de tales funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Según el numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas en la Ley 155 de 1959 y demás normas complementarias sobre todo aquél que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

### 3. Adecuación normativa

#### 3.1.1 Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

Según lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia los 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.

Así, pues, la configuración de la conducta descrita puede presentarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

- La existencia de un acuerdo:
  - Que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o
  - Que tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas

Veamos si lo anterior se cumple en el presente caso:

#### a. Acuerdo

De conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.<sup>1</sup>

Estas figuras contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela, deben contener una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada. Por lo tanto, para que exista un acuerdo deben concurrir como mínimo dos elementos, a saber: la bilateralidad,

<sup>1</sup> Artículo 28 del código civil. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

Por la cual se cierra una investigación

esto es, que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y, de otra parte, una expresión de la voluntad o consenso entre las partes, independientemente de su naturaleza o formalización.

La bilateralidad, implícita en la noción de acuerdo, presupone que éste se realice dentro de los parámetros del numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, esto es, que sea entre dos o más empresas. A su vez, la noción de empresa aparece en nuestra legislación expresada como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.<sup>2</sup>

Bajo este contexto se hace necesario, en primer término, entrar a establecer si los investigados se ajustan a la cualificación de "empresa" que la norma establece, para en caso de ser así, entrar luego a determinar si entre ellos tuvo lugar un acuerdo, en cualquiera de las modalidades que la norma presenta.

Así, pues, y frente a cada uno de los investigados, aparece:

- Diego Fernando Fonseca Chávez, desarrolla actividades de empresa, toda vez que realiza en forma habitual y organizada la prestación de servicios, específicamente, la ejecución de obras bajo contrato, para lo cual dispone de un conjunto de activos. Lo anterior se corrobora con la pruebas que obran en el expediente, así:
  - Certificado de inscripción, clasificación y calificación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, aportado mediante radicación 02082086/0008 del 6 de noviembre de 2002 y obrantes a folios 122 a 126 del expediente.
  - Certificaciones expedidas por el Idu a la Unión Temporal Fonar, de la cual forma parte el señor Diego Fernando Fonseca Chávez, sobre el desarrollo del contrato IDU N° 110-2000, obrantes a folios 127 a 129 del expediente.
  - Contrato suscrito el 2 de marzo de 2001 entre el Idu y la Unión Temporal Fonar, obrantes a folios 130 a 143.
  - Certificación expedida por el Idu a la firma Unión Temporal Fonar, referente al contrato de interventoría N° 807 de 1999, obrante al folio 144 del expediente.
  - Certificación expedida por el Idu a la firma Unión Temporal Fonar, referente al contrato N° 589 de 1999, obrante a folios 145 y 146 del expediente.
  - Certificación expedida por el Idu a la firma Unión Temporal Fonar, referente al contrato N° 022 de 2001, obrante al folio 147 del expediente.
  - Documentos recaudados en el acta de visita de inspección a las instalaciones de Diego Fernando Fonseca Chávez, llevada a cabo el 20 de febrero de 2003, relacionados con balance general y estado de resultados a 31 de diciembre de los años 2000 y 2001, folios 204 al 206; declaración de renta y complementarios correspondiente a los años 2000 y 2001, folios 200 y 201 del expediente.
  - En la visita administrativa realizada se pudo constatar la existencia de personal empleado y correspondencia cruzada con distintas entidades.
  - Relación de concursos y convocatorias en las que ha participado Diego Fernando Fonseca Chávez, obrantes a folios 215 y 216 del expediente.
  - Certificación del Idu sobre la participación de Diego Fernando Fonseca Chávez en licitaciones y concursos de los años 2001 y 2002, obrantes a folios 229 a 232 del expediente.
  - En declaración recepcionada el pasado 24 de febrero del año en curso a las preguntas formuladas por el Despacho manifestó lo siguiente:

*"Pregunta 12: Qué relación existe o existió entre los integrantes de la Unión Temporal Vías Transmilenio y la Unión Temporal Tunal y en especial, con el ingeniero Diego Ignacio Arenas?"*

<sup>2</sup> Artículo 25 del Código de Comercio.

Por la cual se cierra una investigación

*"Respondió: Como lo dije inicialmente actualmente compartimos oficina en arriendo con el ing. Diego Ignacio Arenas, para efectos del desarrollo de un contrato a nombre de la Unión Temporal Fonar, suscrito con el IDU."*

*"Pregunta 13: Por qué razón usted no conformó la Unión Temporal con el ingeniero Diego Ignacio Arenas, si en otras ocasiones así lo habían hecho?"*

*"Respondió: Puesto que para esta convocatoria cumplía solo con los requerimientos del IDU y podía participar independientemente, como lo he hecho en otras oportunidades."*

- Diego Ignacio Arenas, desarrolla actividades de empresa, toda vez que realiza en forma habitual y organizada la prestación de servicios, específicamente, la ejecución de obras bajo contrato, para lo cual dispone de un conjunto de activos. Lo anterior se corrobora con la pruebas que obran en el expediente, así:
  - Certificado de inscripción, clasificación y calificación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, aportado mediante radicación 02082086/0008 del 6 de noviembre de 2002 y obrantes a folios 117 a 121 del expediente.
  - Certificaciones expedidas por el Idu a la Unión Temporal Fonar, de la cual forma parte el señor Diego Ignacio Arenas, sobre el desarrollo del contrato IDU N° 110-2000, obrantes a folios 127 a 129 del expediente.
  - Contrato suscrito el 2 de marzo de 2001 entre el Idu y la Unión Temporal Fonar, obrantes a folios 130 a 143.
  - Certificación expedida por el Idu a la firma Unión Temporal Fonar, referente al contrato de interventoría N° 807 de 1999, obrante al folio 144 del expediente.
  - Certificación expedida por el Idu a la firma Unión Temporal Fonar, referente al contrato N° 589 de 1999, obrante a folios 145 y 146 del expediente.
  - Certificación expedida por el Idu a la firma Unión Temporal Fonar, referente al contrato N° 022 de 2001, obrante al folio 147 del expediente.
  - Documentos recaudados en el acta de visita de inspección a las instalaciones de Diego Ignacio Arenas, llevada a cabo el 20 de febrero de 2003, relacionados con balance general y estado de resultados a 31 de diciembre de los años 2000 y 2001, obrantes a folios 207 al 209; declaración de renta y complementarios correspondiente a los años 2000 y 2001, obrantes a folios 202 y 203 del expediente.
  - En la visita administrativa realizada se pudo constatar la existencia de personal empleado y correspondencia cruzada con distintas entidades.
  - Relación de concursos y convocatorias en las que ha participado Diego Ignacio Arenas, obrantes a folios 226 y 227 del expediente.
  - Certificación del Idu sobre la participación de Diego Fernando Fonseca Chávez en licitaciones y concursos de los años 2001 y 2002, obrantes a folios 229 a 232 del expediente.
  - En declaración recepcionada el pasado 21 de febrero del año en curso a las preguntas formuladas por el Despacho manifestó lo siguiente:

*"Pregunta 6: Sabe si los miembros de la Unión Temporal participan habitualmente en convocatorias?"*

*"Respondió: Si. Especialmente Diego Arenas ha participado en diferentes convocatorias, tanto para el IDU como para otras entidades del Distrito."*

*"Pregunta 14: Existe o ha existido alguna relación entre los integrantes de la Unión Temporal Vías Transmilenio y la Unión Temporal Tunal?"*

*"Respondió: Ha existido algunas uniones temporales entre Diego Arenas y Diego Fonseca."*

*"Pregunta 19: En licitaciones o concursos ha participado usted anteriormente con el ingeniero Diego Fernando Fonseca Chávez? En caso afirmativo señale cuando?"*

*"Respondió: Si me he presentado, como constan en la comunicación # 00010012 radicada en la Superintendencia con fecha 2003-02-21."*

Por la cual se cierra una investigación

"Pregunta 26: Qué documentos sobre experiencia profesional allegó usted al Idu para participar en la convocatoria?"

"Respondió: El documento exigido en los términos de referencia que consiste en un cuadro anexo # 3, experiencia del proponente en contratos similares de Diego Ignacio Arenas, que se encuentra en el folio # 33 del expediente."

"Pregunta 30: Mencionó usted en respuesta anterior que compartía oficina con el Sr. Diego Fonseca, aclare por favor si lo anterior implica que los gastos provenientes del funcionamiento de la misma son también compartidos por ustedes?"

"Respondió: Compartimos oficina para unos proyectos que tenemos en conjunto y que estamos ejecutando; los gastos de esta oficina se comparten por los proyectos que estamos realizando en conjunto."

"Pregunta 31: Respecto a aquellos procesos que no realizan en forma conjunta, cómo administran los gastos de la oficina?"

"Respondió: Otros proyectos que se han realizado y que no se han llevado en conjunto los he realizado en Unión Temporal con otras personas, como consta en el oficio # 00010012 y se han manejado en las oficinas de estas personas, ya que esta oficina funciona únicamente para la Unión Temporal que se llama en este momento Unión Temporal Fonar."

"Pregunta 32: De sus respuestas se colige, corrija me si no es cierto, que en algunos procesos intervienen usted y el Sr. Diego Fernando Fonseca, bajo la forma de Unión Temporal, que otros son desarrollados por usted o por él en forma independiente o en conformación de otras uniones temporales. Con base en lo anterior, sírvase explicar a este Despacho cuál es el manejo que se da a los ingresos que percibe usted y el Sr. Fonseca, producto de la ejecución de contratos, es decir, aclare si éstos ingresos se manejan conjuntamente, si se hacen en forma separada, o si depende de cada caso?"

"Respondió: Si hemos realizado proyectos conjuntamente en la figura de unión temporal. El manejo de los recursos de estos proyectos conjuntos se manejan conjuntamente por proyecto y de lo contrario cada quien maneja sus recursos."

- Camilo Leonardo Fonseca Chávez, no logró establecerse que desarrollara actividades de empresa en los términos ya indicados. Veamos:
  - Oficio dirigido a la Superintendencia de Industria y Comercio del 14 de febrero de 2003, en el cual manifiesta, entre otros aspectos, que no posee activos dedicados a su actividad profesional ni declara renta, folio 178 del expediente.
  - Declaración recepcionada el 24 de febrero de 2003, a las preguntas formuladas por el Despacho manifestó lo siguiente:

"Pregunta 12: Ha participado usted anteriormente en Uniones Temporales, proceso licitatorio o concursos con las personas que integrantes de las Uniones Temporales Vías Transmilenio y Tunal? En caso afirmativo, señale cuando y con quién?"

"Respondió: No he participado y es la primera vez que participo en una Unión Temporal; no he participado ni como persona natural."

"Pregunta 20: Tiene algo más que agregar o aclarar en la presente diligencia?"

"Respondió: Estoy muy preocupado por este problema, pues yo estoy recién egresado y no he empezado a trabajar y ya me veo involucrado en situaciones que pueden entorpecer mi carrera profesional"

Lo señalado coincide con el sentido de las declaraciones del señor Diego Fernando Fonseca Chávez, quien al respecto expresó:

"Pregunta 14: Podía usted participar en la convocatoria del Idu como persona natural, sin necesidad de conformar una unión temporal?"

"Respondió: Sí, pero en esta ocasión a raíz de que mi hermano es recién egresado y me ha solicitado que tenía interés en empezar a figurar como contratista, vi el momento adecuado para conformar una Unión Temporal con él, toda vez que yo sólo cumplía con los requerimientos y el podría aportar trabajo en el evento de que fuese adjudicado el contrato."

Por la cual se cierra una investigación

"Pregunta 23: Explique al Despacho si la referida convocatoria era exigente en cuanto al alcance del proyecto que había que desarrollar y si exigía condiciones especiales. En caso afirmativo, señale qué estudios y diseños especiales debería realizar el futuro contratista?"

"Respondió: Por la complejidad del alcance del proyecto al solicitar la entidad, en este caso el IDU, la interventoría técnica, administrativa, financiera y ambiental a todos los estudios y diseños a realizar, como son: diseño geométrico, estudios de suelos, de tránsito, plan de manejo de desvíos, programas de implementación del plan del manejo ambiental, evaluación de redes y otros, realmente la rentabilidad es muy baja, que sumado a las deducciones y retenciones de ley efectuadas por la entidad, como son la contratación de profesionales especialistas en cada una de las ramas de la ingeniería solicitadas, comisiones de topografía con equipos, medios de transporte, administración, laboratorios de suelos pavimentos y otros para comprobar la calidad de los mismos que exigen grandes gastos en el desarrollo de los trabajos y de deducciones del 11% de retención en la fuente, 16% del IVA, 1% de ICA, pólizas de seguros, tanto de la presentación de oferta como garantía de calidad de la interventoría, para un plazo de 11 meses, reflejan menos del 3% de utilidad neta después de impuestos, lo cual no es atractivo para compartir con más de otra persona. En el caso específico mi hermano aportaría trabajo". (Subrayado nuestro)

- Juan Carlos Roa Rojas, no logró establecerse que desarrollara actividades de empresa en los términos ya indicados. Veamos:
- Oficio dirigido a la Superintendencia de Industria y Comercio del 14 de febrero de 2003, en el cual manifiesta, entre otros aspectos, que no posee activos dedicados a su actividad profesional ni declara renta, folios 173 y 174 del expediente.
- Declaración recepcionada el 21 de febrero de 2003, a las preguntas formuladas por el Despacho manifestó lo siguiente:

"Pregunta 15: Tiene usted su oficina en las mismas instalaciones donde operan los ingenieros Diego Fernando Fonseca y Diego Ignacio Arenas?"

"Respondió: Mis oficinas son las obras, no permanezco en la oficina. Soy ingeniero de campo, esto significa que permanezco en la obra."

"Pregunta 16: En los dos últimos años, ha tenido usted relaciones comerciales o de trabajo con los ingenieros Fonseca y Arenas? En caso afirmativo por favor descríbalas."

"Respondió: Sí, he trabajado ejecutando contratos de la Unión Temporal Fonar, como ingeniero residente."

"Pregunta 17: Qué documentos sobre experiencia profesional allegó usted al Idu para participar en la convocatoria?"

"Respondió: Allegue el anexo exigido en la licitación. Sin embargo, lo diligencié en blanco porque no tenía experiencia como contratista."

De modo, pues, que Camilo Leonardo Fonseca Chávez y Juan Carlos Roa Rojas no constituyen ni desarrollan actividades de empresa en los términos ya mencionados, por lo que no puede endilgárseles responsabilidad por violación al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en cuanto dicha norma se cimenta en la realización de "un acuerdo entre empresas," cualificación que no ostentan. Cosa distinta ocurre tratándose de Diego Ignacio Arenas y Diego Fernando Fonseca Chávez, quienes sí desarrollan actividades empresariales. Empero, la ausencia de responsabilidad por violación al numeral 9 del artículo 47 también se predica de ellos, en la medida que no se logró demostrar que hayan realizado un acuerdo tendiente a establecer, cómo sería su participación o qué conducta asumirían frente a la convocatoria del Idu. Así, aún cuando éstos últimos se ajustan a la cualificación prevista por la norma, no logra estructurarse su responsabilidad, pues no está probado que hayan acordado la manera en que habrían de presentarse a la convocatoria IDU- CD- DTMV- 024-2002.

Para este Despacho, las declaraciones recaudadas en la investigación guardan coherencia entre sí respecto a lo sucedido. Efectivamente, los declarantes coinciden en que las propuestas fueron elaboradas en forma independiente por cada Unión Temporal, agregando que entre los miembros de la Unión Temporal Tunal y los miembros de la Unión Temporal Vías Transmilenio no existió contacto ni

Por la cual se cierra una investigación

conversaciones previas, respecto a los términos que cada una debía incluir en la propuesta que presentaría ante el Idu.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Sobre el particular, Camilo Leonardo Fonseca Chávez, miembro de la Unión Temporal Tunal en declaración recepcionada el 24 de febrero de 2003 manifestó lo siguiente:

*"Pregunta 9: Se reunió usted con miembros de la Unión Temporal Vías Transmilenio para preparar la propuesta al Idu? En caso afirmativo, qué se discutió en dicha reunión?"*

*"Respondió: Como lo manifesté en la respuesta anterior, no participé para la propuesta de Transmilenio".*

- Sobre el mismo tema Diego Fernando Fonseca Chávez, en su calidad de representante legal y miembro de la Unión Temporal Tunal en declaración recepcionada el 24 de febrero de 2003 manifestó:

*"Pregunta 8: Conoció usted como representante legal y miembro de la Unión Temporal Tunal, la propuesta que presentaría al Idu la Unión Temporal Vías Transmilenio?"*

*"Respondió: No, aunque compartimos oficina actualmente a nombre de la Unión Temporal Fonar como contratista del IDU para un contrato específico, las otras personas forman otras uniones temporales y se presentan a concurso y licitación así mismo con otras entidades Distritales y Oficiales sin que me tengan que informar ni pedir concepto previo."*

*"Pregunta 11: Firmó usted algún documento relacionado con la propuesta presentada por la Unión Temporal Vías Transmilenio?"*

*"Respondió: No, ninguno. Realmente no conocía que mi nombre figurara en otra propuesta, me sorprende nuevamente la inclusión de mi nombre en otra propuesta, puesto que no había tenido ningún conocimiento, si se escribió mi nombre fue sin ningún conocimiento ni consentimiento de parte mía".*

*"Pregunta 12: Qué relación existe o existió entre los integrantes de la Unión Temporal Vías Transmilenio y la Unión Temporal Tunal y en especial, con el ingeniero Diego Ignacio Arenas?"*

*"Respondió: Como lo dije inicialmente actualmente compartimos oficina en arriendo, con el ing. Diego Ignacio Arenas, para efectos del desarrollo de un contrato a nombre de la unión Temporal Fonar, suscrito con el IDU."*

*"Pregunta 16: Pidió usted en el caso concreto de la convocatoria a que nos estamos refiriendo, alguna colaboración especial al Ing. Diego Ignacio Arenas?"*

*"Respondió: No, de ninguna índole. Por cuanto yo sólo preparo mis ofertas y tengo experiencia suficiente, de más de 15 años en la elaboración de propuestas, inclusive de mayor complejidad y mayores montos a nivel nacional e internacional."*

*"Pregunta 17: Convino usted con el ingeniero Arenas, que en caso de ser adjudicada la convocatoria a alguno de las dos uniones temporales Transmilenio y Tunal, la ejecución de la obra se adelantaría con la ayuda de los dos?"*

*"Respondió: No, vuelvo y reitero que no teníamos ningún tipo de conversación al respecto, porque esta convocatoria es muy pequeño su presupuesto y el margen de utilidad escasamente alcanzaría para repartir en una proporción como la que se presentó en la oferta, esto es 95% y 5%, y sería poco rentable para repartir entre más oferentes, no es llamativa desde ningún tipo de vista, tanto para administración como beneficio económico que se pudiera tener."*

*"Pregunta 18: Sabe usted si alguno de los miembros de la Unión Temporal Vías Transmilenio se reunió con algún integrante de la Unión Temporal Tunal para diseñar y elaborar la propuesta que presentarían al Idu?"*

*"Respondió: No, realmente yo sólo prepare la propuesta y no tengo conocimiento de ninguna reunión de mi hermano, al respecto, con los otros confortantes de la Unión Temporal."*

*"Pregunta 19: Sabe usted si la Unión Temporal Vías Transmilenio, utilizó los equipos de la Unión Temporal Tunal para elaborar e imprimir las respectivas propuestas?"*

*"Respondió: No, realmente desconozco donde elaboraron ellos la propuesta, no sé si en la misma oficina que compartimos o en que otro equipo."*

- Declaración de Diego Ignacio Arenas, en su calidad de representante legal y miembro de la Unión Temporal Vías Transmilenio, recepcionada el 21 de febrero de 2003 manifestó:

*"Pregunta 18: Antes de presentar la propuesta al IDU, se reunió usted como representante legal de la Unión Temporal Vías Transmilenio con los miembros de la Unión Temporal Tunal? En caso afirmativo, cuál fue el objeto de la reunión?"*

*"Respondió: No."*

*"Pregunta 35: Acordó usted con el Sr. Fonseca que en caso de ser adjudicada la convocatoria a que nos hemos venido refiriendo a cualquiera de las 2 uniones temporales, Transmilenio o Tunal, la ejecución del contrato respectivo, se haría con la colaboración de usted y del Sr. Diego Fonseca?"*

*"Respondió: No, y quiero aclarar que los costos de esta convocatoria dejarían unos márgenes que no daban para que participaran tantas personas en él, ya que las exigencias hechas por el IDU en cuanto al personal, adicionalmente los impuestos que se descuentan, que son aproximadamente del 30% dejarían un margen de rentabilidad muy pequeño, un margen aproximado del 5% de utilidad."*

- En declaración recepcionada el 21 de febrero de 2003, Juan Carlos Roa, en su calidad de miembro de la Unión Temporal Vías Transmilenio manifestó lo siguiente:

Por la cual se cierra una investigación

De acuerdo con lo que se ha podido establecer, la inclusión del nombre del ingeniero Diego Fernando Fonseca Chávez en la propuesta de la Unión Temporal Vías Transmilenio, fue producto de un error mecanográfico en que incurrió Juan Carlos Roa al momento de diligenciar el formato requerido por el Idu, pues para tal efecto tomó como referencia un formato que estaba guardado en el disco duro del computador en que laboró y en el cual aparecía el nombre de Diego Fernando Fonseca Chávez,<sup>4</sup> quien solamente vino a enterarse de tal suceso cuando fue notificado de la presente investigación.<sup>5</sup>

*"Pregunta 7: Significa su respuesta anterior que en la elaboración de la propuesta se utilizaron los mismos equipos, las mismas oficinas de las dos uniones temporales?"*

*"Respondió: No, porque utilicé el computador del Ing. Arenas y la misma oficina donde opera él, pero nada tuve que ver con la elaboración de propuesta de la Unión Temporal Tunal. No puede dar fe de donde se elaboraron las demás propuestas."*

*"Pregunta 8: Conoció usted la propuesta presentada por la Unión Temporal Tunal para la rehabilitación y mantenimiento de las rutas alimentadoras de las vías Transmilenio?"*

*"Respondió: No."*

*"Pregunta 10: Sabe usted si miembros de la Unión Temporal Vías Transmilenio se reunieron con los miembros de la Unión Temporal Tunal para preparar la propuesta al Idu? En caso afirmativo, cuál fue el objeto de la reunión?"*

*"Respondió: No, tengo entendido que no se reunieron. Considero que no tendría propósito alguno porque en este tipo de propuestas el Ing. Diego Arenas tiene la capacidad suficiente para presentarse solo."*

<sup>4</sup> Declaración de Juan Carlos Roa, en su calidad de miembro de la Unión Temporal Vías Transmilenio, recepcionada el 21 de febrero de 2003 manifestó sobre el particular lo siguiente:

*"Pregunta 9: Cómo explica usted que en el documento de conformación de la Unión Temporal Vías Transmilenio presentado al Idu, se incluyó el nombre del ingeniero Diego Fernando Fonseca Chávez, si dicha persona también forma parte de la Unión Temporal Tunal como compromisario? (Ver folio 24)"*

*"Respondió: Como repetí anteriormente, hice la parte técnica de la propuesta de la Unión Temporal Vías Transmilenio, en donde diligencie un formato requerido para la licitación, en donde aparecía el Ing. Diego Fonseca. Este formato estaba dentro del disco duro del computador de la Unión Temporal y en el momento de elaborar este formato, por la rapidez con que ejecute la parte técnica de la propuesta no me fijé que estaba el nombre del Ing. Diego Fonseca y por lo tanto me equivoqué, ya que los dos nombres son Diegos y no presté mayor atención al respecto."*

- Sobre el mismo tema, el señor Diego Ignacio Arenas en declaración del 21 de febrero de 2003, manifestó:

*"Pregunta 10: Indique al Despacho, por favor, quién elaboró físicamente la propuesta que presentarían al IDU?"*

*Respondió: El Ingeniero Juan Carlos Roa."*

*"Pregunta 11: Explique al Despacho por qué razón su nombre no fue incluido como compromisario en la cláusula tercera del documento presentado al Idu en donde se señala la conformación de la Unión Temporal Vías Transmilenio? (ver folio 38). (En este estado le es exhibido el folio 38 del expediente, donde consta la conformación de la Unión Temporal)"*

*"Respondió: Inicialmente en la carta de compromiso como lo vemos si fue incluido mi nombre, pero por error de mecanografía cometido por la persona que elaboró la carta, Ingeniero Juan Carlos Roa, equivocadamente puso el nombre de otra persona. Esto sucedió ya que el ingeniero Roa tomó como modelo otra carta de compromiso que reposaba en el computador donde se realizó la propuesta."*

*"Pregunta 24: Qué intención tenía la Unión Temporal Vías Transmilenio al hacer figurar al ingeniero Diego Fernando Fonseca como compromisario, conociendo que el precitado ingeniero formaba parte de otra Unión Temporal Tunal?"*

*"Respondió: No conocía el nombre de la otra Unión Temporal cuando elaboramos nuestra propuesta y no había ninguna intención, porque como lo dije anteriormente, fue un error de mecanografía que cometió el Ingeniero Roa cuando elaboró nuestra propuesta."*

<sup>5</sup> Sobre el particular en declaración recepcionada el 24 de febrero de 2003 de Camilo Leonardo Fonseca Chávez, miembro de la Unión Temporal Tunal

*"Pregunta 18: Al conocer usted que la Superintendencia había iniciado una investigación por la presunta colusión en licitaciones o concursos, qué actitud asumieron los miembros de la Unión Temporal Tunal?"*

*"Respondió: Nosotros quedamos desconcertados por la decisión que tomó la Superintendencia, pues no hemos incurrido en ninguna falta. Las dos uniones temporales trabajamos individualmente y presentamos propuestas diferentes, sin saber una de la otra; Sin saber nosotros como Unión Temporal Tunal que ellos como Unión Temporal Transmilenio se iba a presentar, pues tengo entendido que mi hermano hizo la propuesta en el computador de la otra oficina que queda ubicada en la Calle 127."*

- Sobre el mismo tema el señor Diego Fernando Fonseca Chávez manifestó lo siguiente en declaración recepcionada el 24 de febrero de 2003:

*"Pregunta 9: Sabe usted por qué razón en el documento de conformación de la Unión Temporal Vías Transmilenio, aparece el nombre suyo como integrante de la referida Unión Temporal? (Ver folio 38) El Despacho pone a consideración del interrogado el folio 38 del expediente."*

Por la cual se cierra una investigación

La explicación señalada resulta verosímil puesto que los únicos factores en que podía haberse presentado similitudes entre las propuestas del Tunal y Vías Transmilenio, eran el precio y la experiencia de los proponentes, ya que serían precisamente éstas variables las que se tomarían en cuenta para su evaluación.<sup>6</sup> Respecto al precio, es importante señalar que las propuestas contenían valores distintos<sup>7</sup> y en cuanto a la experiencia vale decir que tampoco coincide, pues dependía de lo que lograran acreditar los miembros de las respectivas Uniones, de modo pues que no se visualiza un elemento colusorio en las propuestas de los investigados.

Aunque la práctica colusoria puede realizarse también a través de la fijación de términos disímiles en las propuestas con el objetivo de alterar artificialmente las condiciones de competencia en beneficio de uno de los proponentes, en el presente caso tal situación resulta difícil que se hubiera presentado, si se tiene en cuenta que para la misma convocatoria concurren cincuenta y ocho aspirantes.<sup>8</sup>

*"Respondió: No se, realmente me entere a raíz de las diligencias con la Superintendencia de que mi nombre aparece con un porcentaje de participación, pero no tiene ninguna rubrica ni firma mía".*

*"Pregunta 10: Qué hizo usted cuando se dio cuenta que su nombre había sido incluido en la propuesta que presentaría al Idu la Unión Temporal Vías Transmilenio?"*

*"Respondió: Sorprendido puesto que no sabía de esto y no sé con que fines se pudo haber usado mi nombre, si realmente fue por un error involuntario o con algún fin de perjudicarme. Tampoco pensaba que fuera trascendental una investigación a mí por ser incluido en otra propuesta."*

*"Pregunta 20: Según su leal saber y entender, a qué se debe el error cometido por la unión Temporal Vías Transmilenio, al incluir su nombre en la conformación de esa unión Temporal?"*

*Respondió: No se con que intención se incluyó mi nombre en la conformación del primer folio del documento de unión Temporal, entiendo que fue por un error de transcripción al empezar mi nombre también por el nombre Diego. Me causó sorpresa toda vez que estas personas las conozco de hace algunos años, pero realmente no podría saber su intención porque de la misma manera cualquier proponente puede incluir un nombre de la competencia o de algún funcionario público en el documento de unión temporal con el fin de involucrarlo negativamente en una investigación como la presente o perjudicarlo con este error.*

*Pregunta 21: Sabe usted quién preparó la propuesta de la Unión Temporal Vías Transmilenio?*

*Respondió: No sé con certeza quién la preparo, pero a raíz de esta investigación, parece ser que fue el ingeniero Juan Carlos Roa.*

*Pregunta 22: Qué actitud asumió usted con el Ing. Juan Carlos Roa, al conocer ahora que había incluido su nombre en la conformación de la unión Temporal Vías Transmilenio?*

*Respondió: Tanto al Ing. Roa como al Ing. Arenas les he efectuado mi enérgica protesta y reclamo por haber sido incluido mi nombre en el documento de unión temporal de ellos, puesto que con esto me perjudican. Una vez incluida esta investigación con la Superintendencia y de acuerdo con los resultados me reservo el derecho de presentar las denuncias correspondientes contra los Ings. Roa y Arenas, por el perjuicio causado.*

<sup>6</sup> Ver "Factores de Evaluación determinados en el Pliego de Condiciones," folio 70 del expediente.

<sup>7</sup> Ver "Resumen de Evaluación de las Propuestas" realizado por el Idu, folios 12 y 13 del expediente. Los valores totales de las propuestas corresponden a \$ 233.243.276,00 y \$ 231.819.614,00 para la Unión Temporal Vías Transmilenio y Unión Temporal Tunal, respectivamente.

<sup>8</sup> Ver documento del Idu sobre la "Evaluación Legal-Listado de Proponentes," obrante a folios 2 al 6 del expediente.

- En testimonio de Alba Dolores López Hoyos, Subdirectora Técnica de Licitaciones y Concursos del Idu, recepcionado el 25 de febrero de 2003 sobre el mismo punto manifestó:

*"Pregunta 12: Sabe usted, si en la convocatoria a que nos hemos venido refiriendo, se tuvo en cuenta para la adjudicación de la misma, la denominada media geométrica. En caso afirmativo, explíquenos por favor qué entiende usted por este concepto?"*

*"Respondió: En este proceso se incluyó como factor de evaluación, el cálculo de la media geométrica. Para determinar la media geométrica se toman las propuestas hábiles, se determina las veces que entra el presupuesto oficial en la media; de acuerdo con unos rangos establecidos en el pliego, el numeral 3.6.1 del pliego determina las veces que entra el presupuestos oficial para la media geométrica, de acuerdo a unos rangos establecidos de conformidad con las propuestas hábiles. El cálculo de la media geométrica tiene unos rangos y una asignación de puntajes dependiendo de los rangos en que se encuentre el proponente. El máximo puntaje que se otorgó en el factor de evaluación económica fue de 400 puntos".*

*"Pregunta 13: De acuerdo con su experiencia, considera usted que el cálculo de la media geométrica varía según el número de propuestas que se presenten?"*

*"Respondió. De acuerdo con mi experiencia y la cantidad de procesos que se adelantan en la Subdirección, la evaluación sí varía, dependiendo del número de propuestas hábiles y dependiendo del número de veces que entre en presupuesto oficial para el cálculo de la media."*

Por la cual se cierra una investigación

Si bien se ha establecido que los señores Diego Fernando Fonseca Chávez y Diego Ignacio Arenas comparten gastos de oficina y han conformado Uniones Temporales para la ejecución de algunos contratos, obran en el expediente pruebas que permiten establecer que en ciertas convocatorias se han presentado en forma separada o en unión temporal con otras personas naturales,<sup>9</sup> en cuyo caso los ingresos y utilidades que se generan corresponden a quien obtuvo y ejecutó el respectivo contrato.

En definitiva, no hay prueba en el expediente en la que pueda concluirse que entre los miembros de las Uniones Temporales Tunal y Vías Transmilenio se haya llevado a cabo un acuerdo, respecto a la manera en que participarían en la convocatoria IDU-CD-DTMV-024-2002.

Aunque las circunstancias atrás señaladas serían suficientes para concluir que no se configura la norma analizada, y que en ese contexto, no hay lugar a responsabilidad de los investigados por la realización de una práctica comercial restrictiva, no está demás advertir que tampoco concurren el objeto ni el efecto que han sido establecidos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

b. Que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos

Por objeto debe entenderse la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que sea necesario que se produzca el resultado esperado. Veamos, entonces, si se cumple este presupuesto:

Por "colusión" se entiende la acción o el efecto de coludir,<sup>10</sup> término que a su vez se define como el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto tiene precisado la jurisprudencia, que "las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra".<sup>11</sup>

<sup>9</sup> En declaración recepcionada el 24 de febrero de 2003 a Diego Fernando Fonseca Chávez sobre este particular manifestó lo siguiente:

"Pregunta 13: Por qué razón usted no conformó la Unión Temporal con el ingeniero Diego Ignacio Arenas, si en otras ocasiones así lo habían hecho?"

"Respondió: Puesto que para esta convocatoria cumplía solo con los requerimientos del IDU y podía participar independientemente, como lo he hecho en otras oportunidades."

"Pregunta 14: Podía usted participar en la convocatoria del Idu como persona natural, sin necesidad de conformar una unión temporal?"

"Respondió: Sí, pero en esta ocasión a raíz de que mi hermano es recién egresado y me ha solicitado que tenía interés en empezar a figurar como contratista, vi. el momento adecuado para conformar una Unión Temporal con él, toda vez que yo sólo cumplía con los requerimientos y él podría aportar trabajo en el evento de que fuese adjudicado el contrato."

- Sobre el mismo particular el señor Diego Ignacio Arenas en declaración del 21 de febrero de 2003 manifestó:

"Pregunta 28: Por qué razón se presentó usted a la convocatoria señalada, a través de la Unión Temporal Vías Transmilenio y no lo hizo en forma directa. Es decir, como persona natural?"

"Respondió: Me interesaba presentarme como Unión Temporal con el Ingeniero Roa ya que él me ha colaborado en algunos proyectos y me interesaba llevarlo como socio en esta convocatoria para que fuera adquiriendo experiencia como contratista independiente. Además si hubiera sido adjudicada lo hubiera puesto como residente."

- Sobre el mismo tema, reposan en el expediente documentos así: a) Oficios remitidos a la Superintendencia de Industria y Comercio por Diego Fernando Fonseca Chávez y Diego Ignacio Arenas, obrantes a folios 215 y 216 para el primero y 226 y 227 para el segundo de ellos y b) oficio remitido a esta Entidad por el Idu obrante a folios 229 a 232.

<sup>10</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, página 330.

<sup>11</sup> Sentencia de Revisión No. 007 del 26 de enero de 1995. Sala Civil. Corte Suprema de Justicia.

Por la cual se cierra una investigación

En este sentido, se tiene que el término conductas colusorias es una expresión acuñada por la doctrina para referirse a cualquier comportamiento contrario a la libre competencia de carácter cartelístico, es decir, que consista en alguna suerte de convenio entre varias empresas para evitar la competencia.<sup>12</sup>

En el derecho de la competencia se ha establecido que existen dos formas comunes de licitación colusoria; en la primera, las empresas acuerdan presentar sus propuestas bajo condiciones previamente definidas, buscando establecer un mismo precio y, en la segunda, llegan a un consenso respecto al licitante que presentará la propuesta con un menor valor, turnándose de manera que cada una de ellas, gane una cierta cantidad de contratos por un valor previamente acordado, en apariencia de un escenario de franca competición.<sup>13</sup>

Efectivamente se ha previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que en virtud del principio de transparencia, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público,<sup>14</sup> salvo aquellas excepciones en que la ley prevé la posibilidad de realizar una contratación directa.<sup>15</sup>

En este sentido, encontramos que de acuerdo con lo establecido por el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entiende por licitación pública *"el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable"*. Así mismo, previene la citada norma que, *"...cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública."*<sup>16</sup>

La contratación directa, por su parte, es definida como el procedimiento mediante el cual la entidad pública previo un análisis de la concurrencia provocada, si fuere el caso, y la exigencia de requisitos menos formales, como también ante el acaecimiento de ciertas situaciones o circunstancias, elige a un contratista por entendimiento directo.<sup>17</sup>

En el caso en cuestión, el objeto de la convocatoria IDU-CD-DTMV-024-2002, consistía en contratar en forma directa, a precios unitarios fijos, la interventoría técnica administrativa, financiera y ambiental para la evaluación, rehabilitación y/o mantenimiento de vías para rutas alimentadoras del proyecto Transmilenio

<sup>12</sup> Julio Pascual y Vicente. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa. Primera edición, 2002.

<sup>13</sup> Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes y políticas sobre competencia OECD, Paris 1991.

<sup>14</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, se entiende por licitación pública "el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.

<sup>15</sup> A este respecto el mismo artículo 24 de la ley 80 de 1993, establece como excepción a la contratación a través de licitación o concurso, los siguientes casos: a) menor cuantía, entendiéndose por la misma, los valores que se determinan en función de los presupuestos anuales de las entidades estatales a las cuales se les aplica dicha ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales; b) empréstitos; c) interadministrativos con excepción del contrato de seguro; d) para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; e) arrendamiento o adquisición de inmuebles; f) urgencia manifiesta; g) declaratoria de desierta de la licitación o concurso; h) cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general cuando falte voluntad de participación; i) bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional; j) cuando no exista pluralidad de oferentes; k) productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; l) los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud y m) los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contrato que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley. (Subrayado fuera de texto).

<sup>16</sup> Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

<sup>17</sup> SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Segunda Edición Librería del Profesional 1994. Página 146.

Por la cual se cierra una investigación

para el portal El Tunal, en Bogotá D.C. En ese sentido y dado que los hechos investigados se presentaron dentro del marco de una convocatoria directa, se considera que los mismos no serían susceptibles de adecuarse al objeto que proscribe la norma, en cuanto éste hace referencia específicamente a la colusión en "licitaciones o concursos."

- c. Que tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas

El efecto es entendido como el resultado que se ocasiona o se produce sobre el mercado como consecuencia directa de la realización de una conducta, con independencia de si el agente persiguió o no ese resultado específico. De esta forma, en la norma analizada, la distribución de adjudicaciones de contratos, la distribución de concurso o la fijación de los términos de las propuestas, deviene en ilicitud de la conducta cuando es como consecuencia de un acuerdo.

Tal y como se ha podido comprobar a lo largo de la presente investigación, las conductas realizadas por los investigados no generaron ninguno de los efectos descritos por la norma. En efecto, conforme al acerbo probatorio que reposa en el expediente, no tuvo lugar una distribución de adjudicaciones de contratos entre los investigados, pues al haber sido descalificados en el respectivo proceso no tuvieron ni siquiera la oportunidad de participar dentro de la escogencia realizada. El error cometido de incluir el nombre del ingeniero Diego Ignacio Arenas en ambas propuestas, trajo como resultado que el Idu rechazara las propuestas que presentaran las Uniones Temporales Vías Transmilenio y el Tunal, incluso antes de su evaluación, de modo que la adjudicación del contrato se hizo a otro proponente distinto. En consecuencia, al no haberse adjudicado el contrato a ninguna de las uniones que hacen parte los investigados, mal puede decirse que hayan incurrido en su distribución. Por lo demás, no tuvo lugar una distribución de concursos entre los investigados, y simplemente no pudo haber tal distribución pues, como se sabe, se trataba de un proceso de contratación directa y no de un concurso. Tampoco hay prueba de la que pueda inferirse que los miembros de las uniones temporales Vías Transmilenio y Tunal hayan fijado de común acuerdo los términos de las propuestas que presentarían ante el Idu; más bien aparece lo contrario pues, como ya se mencionó, los valores asignados por cada una de las uniones resultan diferentes, lo que guarda armonía con las declaraciones hechas por sus integrantes, quienes coincidieron al señalar que entre las Uniones Temporales Vías Transmilenio y Tunal no existió acuerdo para establecer los términos con que presentarían sus propuestas, sino que cada Unión, de manera independiente, estableció las especificaciones en que se otorgaba a los proponentes margen de liberalidad.

Así mismo es importante anotar que al tener los señores Diego Fernando Fonseca Chávez y Diego Ignacio Arenas experiencia suficiente para participar, incluso como personas naturales dentro del proceso que se estaba promoviendo por el Idu, no hay razones para pensar que las Uniones Temporales que conformaron por aparte, les hayan servido de fachada para poder presentar sus propuestas, como tampoco se ve un interés específico que les hubiera motivado a participar en dicho proceso bajo términos previamente acordados. Valga mencionar que el margen de utilidad que dejaría el contrato en caso de ser adjudicado a alguna de las Uniones Temporales era bastante estrecho y, en esa medida, sería de esperarse que cada uno de los ingenieros tratará de lograr la adjudicación para su respectiva Unión Temporal y no que se hiciera un acuerdo para lograr su adjudicación a cualquiera de las uniones y luego tener que compartir su ejecución.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> En declaración recepcionada el 24 de febrero de 2003 a Diego Fernando Fonseca Chávez sobre este particular manifestó lo siguiente:

*"Pregunta 17: Convino usted con el ingeniero Arenas, que en caso de serle adjudicada la convocatoria a alguno de las dos uniones temporales Transmilenio y Tunal, la ejecución de la obra se adelantaría con la ayuda de los dos?"*

*"Respondió: No, vuelvo y reitero que no teníamos ningún tipo de conversación al respecto, porque esta convocatoria es muy pequeño su presupuesto y el margen de utilidad escasamente alcanzaría para repartir en una proporción como la que se presentó en la oferta, esto es 95% y 5%, y sería poco rentable para repartir entre más oferentes, no es llamativa desde ningún tipo de vista, tanto para administración como beneficio económico que se pudiera tener."*

Por la cual se cierra una investigación

Todo lo anterior nos lleva a considerar que ni el objeto ni los efectos proscritos por la norma analizada se presentaron.

En definitiva, no concurren los supuestos configurativos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Para este Despacho, la inclusión del nombre del ingeniero Diego Ignacio Arenas en la propuesta presentada por la Unión Temporal Vías Transmilenio no corresponde al vestigio de un acuerdo colusorio, sino a un error de plano involuntario y ajeno al querer de los investigados. No hay prueba, en consecuencia, que permita encontrar responsabilidad a los señores Diego Fernando Fonseca Chávez, Camilo Leonardo Fonseca Chávez, Diego Ignacio Arenas y Juan Carlos Roa Rojas por violación a las normas sobre libre competencia.

Por todo lo expuesto anteriormente,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Cerrar la presente investigación y, en consecuencia, ordenar su archivo, sin que haya lugar a imponer sanción a los miembros de la Unión Temporal Vías Transmilenio, integrado por las siguientes personas naturales: Diego Ignacio Arenas y Juan Carlos Roa Rojas y a los miembros de la Unión Temporal Tunal, integrado por las siguientes personas naturales: Diego Fernando Fonseca Chávez y Camilo Leonardo Fonseca Chávez.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora Soraya de la Hoz Cure, identificada con cédula de ciudadanía 41.742.522 de Bogotá, en su calidad de Apoderada Especial de los miembros de la Unión Temporal Vías Transmilenio, integrado por las siguientes personas naturales: Diego Ignacio Arenas y Juan Carlos Roa Rojas y los miembros de la Unión Temporal Tunal, integrado por las siguientes personas naturales: Diego Fernando Fonseca Chávez y Camilo Leonardo Fonseca Chávez, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de

*"Pregunta 24: Tiene algo más que agregar o aclarar en la presente diligencia?"*

*"Respondió: Quiero dejar constancia que no tuve nada que ver con esta presunta colusión, ni directa ni indirectamente, porque económicamente el proyecto es tan pequeño que no valía la pena compartir con otras personas y que si hubiera existido un preacuerdo, tampoco se presta el concurso para manejar la propuesta económica con favorabilidad al presentar dos ofertas, puesto que al presentarse más de 40 proponentes es imposible matemáticamente incidir o influir en la medida geométrica de manera favorable, el cual es un factor de evaluación que consiste en obtener el precio promedio de todos los oferentes, junto con el presupuesto oficial, publicado por el IDU, cuatro veces de acuerdo al número de oferentes. O sea, se incluye el presupuesto oficial una vez por cada 4 oferentes participantes. Lo anterior significa que si dado el caso alguien llegara a presentar en acuerdo con otras personas más de dos ofertas, es imposible coincidir con el número matemático del factor de la evaluación económica. En el caso concreto de la convocatoria motivo de la presente investigación, al haberse presentado más de 50 oferentes, como estoy conociendo ahora en el expediente, la probabilidad estadística es mínima o casi remota de poder manejar el factor de evaluación económica con las condiciones de los pliegos de condiciones del IDU.*

- Sobre el mismo tema, el ingeniero Diego Ignacio Arenas manifestó en declaración recepcionada el 21 de febrero de 2003.

*"Pregunta 36: Tiene algo más que agregar o aclarar en la presente diligencia?"*

*"Respondió: Si. Como se demuestra en la misma presentación de las 2 propuestas, no hubo ningún acuerdo porque si se hubiera querido, se hubiera tenido mucho cuidado en esta presentación, como es el caso de la dirección para la notificación de los dos proponentes en donde se hubiese buscado otra dirección para no despertar sospechas. Adicionalmente si la propuesta hubiera sido rentable, nos hubiéramos presentado en unión temporal con el Ing. Diego Fonseca. También señala que en el documento de conformación de la unión temporal aunque en la cláusula tercera del documento aparece consignado el Ing. Diego Fonseca por error de mecanografía, el que verdaderamente firmó fue el Ing. Diego Arenas como aparece en el folio # 37 del expediente y no aparece firmando Diego Fonseca."*

- Sobre el mismo tema, Juan Carlos Roa, en su calidad de miembro de la Unión Temporal Vías Transmilenio, declaró el 21 de febrero de 2003 lo siguiente:

*"Pregunta 18: Tiene algo más que agregar o aclarar en la presente diligencia?"*

*"Respondió: Me gustaría aclarar que ya conociendo los hechos de la presente indagatoria, considero que no hay beneficio alguno para una presunta unión o colusión entre los ingenieros citados a esta diligencia, porque la parte económica de la propuesta o el valor, si se hubiese dado el contrato no es benéfico para cuatro contratantes."*

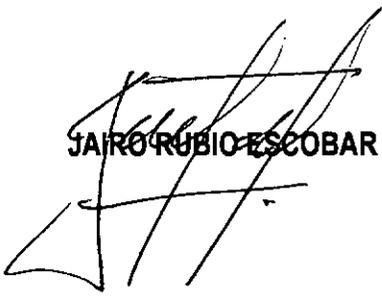
Por la cual se cierra una investigación

reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **18 JUL. 2003**

El Superintendente de Industria y Comercio

  
**JAIRO RUBIO ESCOBAR**

**Notificaciones:**

Doctora  
**SORAYA LATINO DE LA HOZ CURE**  
C.C. N° 41.742.522 de Bogotá  
Tarjeta Profesional N° 39355 del C.S.J.  
Apoderada Especial  
**DIEGO IGNACIO ARENAS**  
Miembro Unión Temporal Vías Transmilenio  
**JUAN CARLOS ROA ROJAS**  
Miembro Unión Temporal Vías Transmilenio  
**DIEGO FERNANDO FONSECA CHAVEZ**  
Miembro Unión Temporal Tunal  
**CAMILO LEONARDO FONSECA CHAVEZ**  
Miembro Unión Temporal Tunal  
Diagonal 53 No 23-14  
Ciudad

GSG/Margy/