



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 22379 DE 2006  
( 28 AGO. 2006 )

Radicación No. 02037428

Por la cual se archiva una actuación

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**  
En ejercicio de sus facultades, y

**CONSIDERANDO:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Que mediante resolución número 20927 del 28 de junio de 2002, posteriormente modificada mediante resoluciones número 21546 del 12 de julio de 2002 y 38758 del 29 de noviembre del 2002, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia ordenó investigar a la sociedad Construcciones el Cóndor S.A., su representante legal, señora Luz María Correa Vargas, y al señor Mario Alberto Huertas Cote, por la presunta violación a lo normado en el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Que en aplicación del debido proceso, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 29 de Abril de 2003, se ordenó la práctica de pruebas; y, culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, elaboró el Informe Motivado contentivo del resultado de la investigación.

**ARTÍCULO TERCERO:** Que en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 del informe motivado se dio traslado a los investigados, quienes expresaron sus opiniones en los siguientes términos.

• **Construcciones el Cóndor S.A.**

1. Respecto de las pruebas documentales que obran en el expediente, la apoderada sustituta de la empresa investigada señaló que, "[C]omo pudo verificar ésta Entidad, el contenido de los documentos aportados demuestran de manera clara e inobjetable la realidad de lo sucedido durante los procesos licitatorios IDU-LP-GTM-100-2001 e IDU-LP-GTM-101-2001, es decir, que en ningún momento se realizó o existió acuerdo oral o escrito, expreso o taxito (sic) alguno entre la sociedad CONTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y algún otro participante de las licitaciones señaladas con el fin de obtener determinado provecho en el desarrollo de los procesos licitatorios o en la adjudicación de los mismos.

*"La investigación llevada a cabo demuestra que la igualdad en alguno de los ítems de precios se debió al diseño y estructura de las licitaciones empleado por parte del IDU, y no como pretende afirmar de manera errónea debido a la existencia de acuerdos entre participantes que pudieran determinar el orden de elegibilidad de los otros oferentes.*

*"Junto con el documento de defensa presentado por la firma de Abogados FERREIRA, RUAN & ASOCIADOS LTDA., apoderados de la firma*

Por la cual se archiva una actuación

CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., se presentó una Declaración Juramentada por parte de la Representante Legal de la sociedad investigada DRA. LUZ MARÍA CORREA en la que manifiesta lo siguiente:

"PRIMERO: Que la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. no realizó ningún tipo de acuerdo, público o privado, verbal o escrito, para la presentación conjunta de oferta con otro participante a través de las figuras de UNIÓN TEMPORAL o CONSORCIO, ni mucho menos con el in (sic) de alterar el resultado de los Procesos de Contratación.

"SEGUNDO: Que la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. no realizó ningún tipo de acuerdo ni con la firma MARIO ALBERTO HUERTAS COTES o con el Sr. MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, así como tampoco con otro oferente.

"TERCERO: Que la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. ni sus socios, representantes legales han realizado en nombre y representación de la Empresa ni en nombre propio acuerdo alguno que vaya en contra de las normas que rigen la práctica comercial."

2. Al referirse al Interrogatorio de parte de la doctora Luz María Correa Vargas señala la apoderada sustituta de la empresa investigada, que sus afirmaciones ratifican los siguientes aspectos:

"Que entre las firmas investigadas no existió ningún tipo de acuerdo, oral o escrito, expreso o taxito (sic), y menos alguno que tuviera por objeto el buscar colusionar las Licitaciones IDU-LP-GTM-100-2001 e IDU-LP-GTM-101-2001, afirmaciones que han sido nuevamente expuestas y ratificadas por la Sra. CORREA VARGAS.

"Además de lo anterior, se anexó la siguiente información solicitada por su Despacho:

- "Certificado expedido con fundamento en el Libro de Registro de Accionistas donde se acredita que el Sr. MARIO ALBERTO HUERTAS COTES NO HA SIDO SOCIO DE LA SOCIEDAD CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR.
- "Copia del proceso PH-CSC-001-COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN.
- "Manual del sistema de Gestión para el Proceso de Comercialización de Servicios de construcción.
- "Certificación de las Actividades Conjuntas realizadas entre CONSTRUCCIONES CÓNDOR S.A. y MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, en la que se observa claramente que no existió ningún tipo acuerdo entre los investigados para participar en las Licitaciones Públicas IDU-LP-GTM-100-2001 e IDU-LP-GTM-101-2001.
- "Certificación de las actividades ejecutadas de manera conjunta con el Sr. MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, y copia del Balance General y Estado de Resultado con corte a 2002 de la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A."

Por la cual se archiva una actuación

Hace énfasis la apoderada en mención en algunos de los apartes del testimonio rendido por el ingeniero Germán Vélez, indicando que con el mismo se puede probar que "(...) *nunca existió acuerdo alguno para alterar las Licitaciones públicas IDU-LP-GTM-100-2001 e IDU-LP-GTM-101-2001 entre la sociedad CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y alguno de los participantes, sino además afirmó y demostró, tal y como quedó registrado en el documento que contiene su declaración, el cual está anexo al expediente, sino que la concordancia de precios se debe básicamente a la estructura de la Licitación diseñada por el IDU, y no a la existencia de acuerdo interpartes, quedando demostrado en que diferentes ítems, diferentes participantes ofertaron con el mismo valor.*"

Señala la importancia de las respuestas dadas por este testigo y pone de presente las precisiones que el mismo dio al Despacho sobre los procesos licitatorios al indicar que "Antes de contestar su pregunta me gustaría hacer algunas precisiones respecto al rechazo de la oferta. **En primer lugar, no fuimos los únicos oferentes con precios iguales.** Si se observa en el mismo informe de evaluación de la licitación IDU-LP-GMT-2001 donde se incluye el informe en el que se rechazó la oferta se observa lo siguiente: Un análisis estadístico realizado por el Idu del que no se indica el método utilizado, la distribución de probabilidad empleada, los métodos para validar la información, las pruebas de bondad de ajuste realizadas para determinar si la distribución de probabilidad que usaron se acomodaba a los datos empleados para generar estadística; información que fue solicitada vehementemente en las audiencias, después de las audiencias y el Idu se negó a suministrarlas, negándonos el derecho a defendernos y a controvertir el informe que estaban presentando. En la tabla se muestran claramente los 4 ítems en cuestión, donde se les asigna con un dramatismo exagerado la probabilidad de cero. Estos ítems son: Subbase. Al revisar la tabla del Idu, que acompaña esta información, también vemos como los proponentes Solarte y Conciviles presentan el mismo valor en este ítem. El ítem 2.4.7 que corresponde al relleno fluido, donde adicionalmente los proponentes Pavimentos Colombia y Conalvías presentan el mismo precio. El ítem 4.1.7 que corresponde a la mezcla densa en caliente MDC1, donde los proponentes Álvarez y Collins y Quality presentan el mismo precio y al ítem 4.1.8 que corresponde a la mezcla densa en caliente MDC2 donde los proponentes Conconcreto y Pavimentos Colombia presentan el mismo precio. Si se hace una revisión exhaustiva de los documentos que anexa el Idu, se ve que en la mayor parte de los ítems hay coincidencias entre varios oferentes. **Lo anterior, no implica que se hayan puesto de acuerdo. Si no que es el reflejo del sistema de licitaciones impuesto por el Idu, donde no existe el precio de mercado.** El precio, como se puede ver en los anexos 2 de los pliegos de condiciones es impuesto por la entidad y no parte del análisis del contratista. Lo mismo ocurre con las sumas globales donde el Idu por pliego establece el valor máximo y el valor mínimo. Por lo tanto, el contratista adhiere o no a estas condiciones si se considera capaz de adelantar la obra a los precios que le define la entidad. Ya que como dije antes, no existen reglas de mercado." (Negrillas y subrayas del memorialista)

Manifiesta la apoderada que, conforme al dictamen presentado por el Ingeniero JAIRO RUIZ, esta prueba "refleja la verdad de los hechos desde el punto de vista económico y técnico, generados en las Licitaciones Públicas IDU-LP-GTM-100-2001 e IDU-LP-GTM-101-2001, y corrobora sin lugar a duda alguna todas y cada una de las afirmaciones presentadas en desarrollo del presente proceso investigativo a cargo de su Despacho, desvirtuando todas las especulaciones que se generaron bajo la supuesta existencia de

Por la cual se archiva una actuación

*unos acuerdos entre CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y el SR. MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, con el fin de alterar las licitaciones públicas ya mencionadas."*

Concluye sus alegatos indicando que con base en lo expuesto "en el presente documento, así como las manifestaciones presentadas a lo largo de la presente investigación queda totalmente probado jurídica y económicamente que no existió ningún acuerdo tendiente a alterar en beneficio de los investigados o de terceras personas las licitaciones públicas IDU-LP-GTM-100-2001 e IDU-LP-GTM-101-2001, y nos acogemos en su totalidad al contenido del documento denominado "INFORME MOTIVADO", incluyendo la solicitud de archivo de la Investigación No. 02037428 por Prácticas Comerciales Restrictivas entre CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A.-MARIO ALBERTO HUERTAS COTES-LUZ MARÍA CORREA VARGAS."

**ARTÍCULO CUARTO:** Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho procede a decidir con base en lo siguiente:

#### **4.1. Período en que ocurrieron los hechos investigados**

Los hechos a que hace referencia la presente resolución, habrían tenido lugar entre diciembre de 2001 y mayo de 2002.

#### **4.2. Adecuación normativa**

La presente investigación fue abierta invocando el supuesto restrictivo contenido en el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, según el cual, 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.

La conducta descrita se configurará cuando se presenten los siguientes supuestos fácticos:

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

##### **4.2.1 La existencia del 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.

Tales figuras, deben contener una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada. Por lo tanto, para que exista un acuerdo deben

Por la cual se archiva una actuación

concurrir como mínimo dos elementos, a saber: la bilateralidad, esto es, que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y 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>1</sup>

#### 4.2.2 Colusión

Por colusión se entiende la acción o efecto de *coludir*<sup>2</sup> y por *coludir* el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto ha 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>3</sup>

#### 4.3. Resultado de la investigación

##### 4.3.1. Hechos

1. Que mediante resoluciones 4044 y 4045 del 28 de diciembre de 2001, el IDU ordenó la apertura de las licitaciones públicas Nos. IDU-LP-GM-100-2001 e IDU-LP-GM-101-2001, cuyo objeto consistía en contratar la adecuación de la Troncal Américas al sistema Transmilenio, tramos 1 y 2, entre Puente Aranda y la Carrera 70B y entre la carrera 70B y Banderas, en Bogotá D.C.
2. Que a las mencionadas licitaciones se presentaron, entre otras, las empresas investigadas Construcciones el Cóndor S.A. y Mario Alberto Huertas Cotes.
3. Que Construcciones el Cóndor S.A. y Mario Alberto Huertas Cotes, desarrollan como actividad empresarial el estudio, diseño, planeación, construcción, ejecución total o parcial de toda clase de obras civiles, obras públicas y/o privadas bajo cualquier sistema, necesarias para el desarrollo de la infraestructura vial del país.

##### 4.3.2 Desarrollo de la investigación

La investigación tuvo como punto de partida, la denuncia presentada por la Directora General del IDU, mediante oficio radicado en esta Superintendencia bajo el número 02037428 del 14 de junio de 2002<sup>4</sup>, respecto de las licitaciones No IDU-LP-GTM-100 de 2001 e IDU-LP-GTM-101-2001 correspondientes a la adecuación de la Troncal Américas al

<sup>1</sup> Artículo 25 del Código de Comercio.

<sup>2</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, página 330.

<sup>3</sup> Sentencia de Revisión No. 007 del 26 de enero de 1995. Sala Civil. Corte Suprema de Justicia

<sup>4</sup> Ver cuaderno No 12 primeros folios

Por la cual se archiva una actuación

sistema Transmilenio, tramos 1 y 2, entre Puente Aranda y la carrera 70B y Banderas, en Bogotá D. C. Conforme a la denuncia y a los documentos aportados, en dichas licitaciones participaron empresas, incluyendo Construcciones el Cóndor S.A. y Mario Alberto Huertas Cotes, quienes, al presentar su propuesta, coincidieron en la oferta de cuatro ítems<sup>5</sup> unitarios con valores idénticos, coincidencias que al no ser explicables bajo las reglas del mercado, consideró el IDU como evidencia de la existencia de un acuerdo entre tales oferentes, el cual podría incluir los compromisos que debían ser cumplidos por éstos en el momento en que decidieron hacerse parte en los procesos licitatorios.

Para el efecto, resultaba de primordial importancia conocer el sistema de elección de la propuesta mas favorable implementado por el IDU, dentro de las licitaciones en cuestión, en especial, los condicionamientos y forma de evaluación. Al respecto el IDU explicó, en su denuncia, que "[l]os contratos de obra se celebraron por el sistema de precio global con fórmula de ajuste<sup>6</sup>, es decir por valor global ajustable y no por el mecanismo de precios unitarios, (con excepción de los ítems de redes de servicios y de desvíos). Lo anterior significa que el valor total del contrato a ser cancelado por el IDU depende principalmente, y para los ítems de construcción, de los valores globales ofertados y no de los precios unitarios propuestos (con la excepción señalada)". (subrayas fuera de texto)

La descripción del sistema de evaluación implementado por el IDU, dentro de los procesos de licitación en comento, resulta importante en la medida que permite determinar si tuvo alguna incidencia en las coincidencias encontradas dentro de las propuestas de Mario Alberto Huertas Cotes y Construcciones el Cóndor S.A. o si por el contrario, tales semejanzas fueron producto de un acuerdo entre dichas empresas que permitiera establecer la existencia de un acto contrario a la libre competencia. Veamos:

- **Determinación del factor F2**

Tres factores de evaluación se tuvieron en cuenta para los procesos licitatorios objeto de investigación, F1 (Valores Globales, 70%), F2 (Precio Unitario Ponderado, 20%) y F3 (Evaluación de cumplimiento, 10%). Los valores globales y por el precio unitario promedio ponderado, constituyen los factores que hicieron parte de la propuesta económica y que fueron objeto de calificación.

El factor F1 corresponde a la sumatoria del valor global para obras de construcción (F1<sub>1</sub>), valor global ambiental y de gestión social (F1<sub>2</sub>), valor global por manejo de tráfico, señalización y desvíos (F1<sub>3</sub>) y valor semestral por mantenimiento (F1<sub>4</sub>). Cada uno de tales

---

<sup>5</sup> Relleno tipo sub-base granular, ítem 2.4.5; Relleno Fluido de 80Kgs/cm<sup>2</sup>, ítem 2.4.7; Mezcla densa en caliente MDC1, Ítem 4.1.7; Mezcla densa en caliente MDC2, Ítem 4.1.8

<sup>6</sup> Testimonio del señor Gian Carlo Suescun Sanabria. Subdirector de Licitaciones y Concursos (E) del IDU. Pregunta 5: **Indique al despacho, que debe entenderse por adjudicación con el sistema de precio global, con fórmula de ajuste?**

Respondió: Es una modalidad de contratación en la cual al contratista se le paga un único valor por la totalidad de ejecución de las obras a realizar en desarrollo de un proyecto y como su nombre lo indica, contemplando una fórmula que permita garantizar el equilibrio económico del contrato, al contemplar el reajuste de precios.

Por la cual se archiva una actuación

factores, de acuerdo con el pliego de condiciones, tenía un presupuesto oficial máximo fijado que no podía ser superado por los oferentes.

El componente F2 corresponde a los diferentes ítems de obra para obras de construcción, ítems de obra para adecuación de desvíos e ítems de obras para redes, cuyos valores igualmente máximos para cada ítem fueron fijados por el IDU.

Respecto al papel determinante de estos factores se encontró que el factor F1, cuyo peso es del 70% dentro del sistema de evaluación, hacía necesario que el oferente asumiera los costos de reducir el valor que se cobraría al IDU. El factor F2 representaba el precio unitario promedio ponderado el cual no tenía ninguna incidencia práctica dentro del valor total del contrato. Los precios unitarios solo serían utilizados para reconocer mensualmente el pago al contratista. Es decir, no había relación entre los precios unitarios y la suma global ofertada.

Se encuentra que el sistema implementado por el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, conocido como el sistema de precio global con fórmula de ajuste, estaba diseñado de forma tal que hacía factible que se presentaran coincidencias entre las diferentes ofertas presentadas. En efecto, como se reseñó en la denuncia, el sistema implicaba para los licitantes una serie de reglas y limitantes que debían ser respetados a fin de que sus propuestas resultaran válidas y evaluables. Estas restricciones generaban un marco que limitaba las posibilidades de propuesta por parte de los oferentes<sup>7</sup>.

A ese respecto el IDU señala en el texto de denuncia:

*"De acuerdo con las especificaciones de este contrato, los contratos de obra que resulten de las adjudicaciones correspondientes, se celebran por el sistema de precio global con fórmula de ajuste, es decir por valor global ajustable y no por el mecanismo de precios unitarios, (con excepción de los ítems de redes de servicios y desvíos). Lo anterior significa que el valor total del contrato a ser cancelado por el IDU depende principalmente, y para todos los ítems de construcción, de los valores globales ofertados y no de los precios unitarios propuestos."*<sup>8</sup>

Y en la respuesta a las observaciones formuladas por los proponentes:

*"Si los Precios Unitarios propuestos por el Contratista son bajos, lo serán los valores a pagar incluidos en las Actas Mensuales de Obra. En ese caso el contratista deberá financiar una parte importante de los costos de las obras, los cuales solo recuperará una vez concluya las Obras de Construcción y reciba el pago del Remanente del Valor Global para Obras de Construcción.*

*Si los Precios Unitarios propuestos son altos, las necesidades de financiación del contratista serán menores.*

*Con las reglas establecidas en los Pliegos de Condiciones la entidad buscaba que los Proponentes, al establecer los Precios Unitarios de sus propuestas y dentro de los límites ya señalados, determinarían el ritmo de los pagos mensuales que*

<sup>7</sup> En el mismo sentido ver las respuestas dadas por el IDU a las observaciones formuladas. Cuaderno 12 del expediente.

<sup>8</sup> Texto de la denuncia del IDU, pagina 2. Cuaderno 12. Radicación 02037428-00000003

Por la cual se archiva una actuación

*recibirán por la ejecución de las Obras de Construcción, Obras para Redes y Obras para Adecuación de Desvíos.*

*En conclusión, presentar bajos precios para cada ítem es un factor de competencia que introduce esta Licitación; no solo se compete con Experiencia y Propuesta Económica. El flujo de caja es otro factor de mercado, que tiene impacto directo a la calificación, a través del Precio Unitario Promedio Ponderado el cual pesa un 20% en la Evaluación Económica.<sup>9</sup>*

Para efectos de calificar los factores que formaban parte de la propuesta económica, el IDU determinó, para el caso del factor 1 conformado por la sumatoria de los cuatro subcomponentes (F1<sub>1,2,3y4</sub>), antes mencionados, que los valores propuestos para cada uno de tales subcomponentes no podían sobrepasar los presupuestos oficiales indicados para éstos y, en ningún caso, el factor 1 propuesto podía ser inferior al 95% del valor promedio del factor 1 (F1) de las propuestas presentadas, aceptadas y elegibles. Ese valor promedio se lograba a través de la aplicación de una fórmula señalada en el pliego de condiciones.

Para el caso del factor F2, respecto del cual se presentaron las coincidencias de las propuestas de Mario Alberto Huertas y Construcciones el Cóndor S.A., el IDU estableció que las ofertas presentadas no podían superar un tope máximo. De esta manera, para efectos de la calificación del precio unitario promedio ponderado, factor F2, el pliego de condiciones determinó que cada oferente, tomando como parámetro los valores unitarios señalados por el IDU, señalaría los propios de acuerdo, a su vez, con los coeficientes indicados igualmente por la Entidad para cada ítem (los que tenían un coeficiente mayor a 1 implicaban para la entidad mayor peso). El IDU, por su parte, sumaría los valores de todos los ítems y el total no podía superar el valor dado para ese efecto por el pliego de condiciones. Igualmente, en ningún caso el factor 2 propuesto, podía ser inferior al 70% del valor promedio del factor 2 (F2) de las propuestas aceptadas y elegibles. Este valor promedio se lograba a través de la fórmula respectiva.

Esta serie de reglas que hacían parte del anexo No. 2 del pliego de condiciones, determinaron la forma como debía fijarse el precio de los distintos ítems que lo conformaban. Tales parámetros dejan en claro que, por lo menos en muchos aspectos, el sistema implementado no permitía que los precios se sujetaran a las reglas del mercado en condiciones de competencia, pues establecía limitaciones y restricciones tales para su fijación que ello no era posible, permitiendo, además, la existencia de coincidencias en relación con los mismos.

Al respecto el Ingeniero Germán Vélez Villegas, director de proyectos de construcción del Cóndor S.A., dentro del testimonio rendido ante esta Superintendencia, declaró:

*"Pregunta 11: El Idu lleva a cabo el rechazo de la propuesta teniendo en cuenta que se ofertaron 4 ítems diferentes a los presentados por el Sr. Mario Alberto Huertas. Precísenos sí lo sabe cuáles eran esos 4 ítems?"*

<sup>9</sup> Respuestas a las observaciones formuladas por los proponentes. Página 34. Cuaderno 12 de la investigación.



Por la cual se archiva una actuación

*"(...) [S]i se hace una revisión exhaustiva de los documentos que anexa el IDU, se ve que en la mayor parte de los ítems hay coincidencias entre varios oferentes. Lo anterior, no implica que se hayan puesto de acuerdo. Si no que es el reflejo del sistema de licitaciones impuesto por el IDU, donde no existe el precio de mercado. El precio, como se puede ver en los anexos 2 de los pliegos de condiciones es impuesto por la entidad y no parte del análisis del contratista. Lo mismo ocurre con las sumas globales donde el IDU por pliego establece el valor máximo y el valor mínimo. Por lo tanto, el contratista adhiere o no a estas condiciones si se considera capaz de adelantar la obra a los precios que le define la entidad. Ya que como dije antes, no existen reglas de mercado." (Subrayas fuera de texto)*

Es importante destacar que el anexo No. 2 del pliego de condiciones, referido al factor F2, constaba de una cantidad considerable de ítems, adicionales<sup>10</sup> a los cuatro en los que se encontraron las coincidencias respecto de los investigados, aspecto que disminuye y relativiza considerablemente tal situación. De todas maneras, el valor o importancia final de los ítems, para efectos de la evaluación, era aplicado directamente por el IDU a través de una fórmula que los participantes desconocían<sup>11</sup>.

De esta forma se corrobora que el sistema de evaluación implementado por el IDU tuvo una incidencia importante en las coincidencias encontradas, no solo en las propuestas de los investigados sino, incluso, en las de otros oferentes. Este hecho fue plenamente sustentando a través del peritazgo decretado dentro de la investigación y rendido por el Ingeniero Civil Jairo Hernando Ruiz Sandoval, quien al respecto señaló:

*"La coincidencia de algunos valores globales y precios unitarios por ítems presentados en diferentes oferentes, **no sólo los Proponentes que han sido objeto de investigación, en opinión del suscrito, es inducida por los parámetros del Pliego de Condiciones, en especial el Presupuesto Oficial y los porcentajes mínimos y/o máximos, contenidos en las fórmulas de cálculo establecidas por el IDU en el Pliego de Condiciones, las cuales están basadas en promedios aleatorios, que se evidencia al incorporar las propuestas rechazadas correspondientes a Construcciones El Cóndor y Mario Huertas, NO alteran los resultados finales de las propuestas ganadoras, y por ende, de la adjudicación por parte del IDU.**" (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Así mismo en dicho dictamen, el Ingeniero Civil Jairo Hernando Ruiz Sandoval, señala que:

<sup>10</sup> Testimonio del señor Germán Vélez Villegas. Director de Proyectos de Construcciones el Cóndor S.A.  
Pregunta 14: *Recuerda aproximadamente cuántos ítems hacían parte del factor F2?*  
Respondió: "Aproximadamente 400 ítems y depende del listado del Idu para los ítems."

<sup>11</sup> Testimonio del señor Germán Vélez Villegas. Director de Proyectos de Construcciones el Cóndor S.A.  
Pregunta 15: *Teniendo en cuenta los ítems que usted nos ha descrito, sub-base MDC 1 y MDC 2, relleno fluido. Estos tenían porcentualmente algún peso diverso de los demás ítems que hacían parte de F2?*

*Respondió: El formulario que permite calcular el F2 le asigna un coeficiente de importancia a cada uno de los ítems que es determinado por la Entidad y aparentemente no siguen reglas, ya que su suma no es 1 ni al sumar por capítulos tampoco da 1. Quien fija la importancia de cada ítem en el cálculo del precio promedio ponderado es el Idu, con un criterio que no conocemos."*

Por la cual se archiva una actuación

*"Una vez revisado y evaluado en detalle la documentación del expediente que reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio, desde el punto de vista matemático, tomando las fórmulas establecidas por el IDU, en el numeral 4.11.2, para la determinación de los valores promedio de los factores F1 – Valores Globales – y F2 – Precio Unitario Promedio Ponderado – , así como las fórmulas del numeral 5.3.3.3., para evaluar los puntajes de los citados factores, en concepto del suscrito, **es poco probable** que se pueda predecir el resultado final de la Licitación en forma previa a la presentación de las propuestas."<sup>12</sup>*

Conforme al estudio efectuado por el perito mencionado, en el evento en que las propuestas de los investigados no hubieran sido rechazadas por los motivos señalados en la denuncia, la decisión de adjudicación habría sido la misma.

De esta forma no encuentra este Despacho probado que las ofertas presentadas por Construcciones el Cóndor S.A. y Mario Alberto Huertas fueran fruto de un acuerdo sino que, por el contrario, las coincidencias que se presentaron fueron el posible resultado de un sistema de evaluación implementado por el IDU. Lo anterior se hace más evidente si se tiene en cuenta que respecto de otros proponentes diferentes a los investigados, también se presentaron coincidencias, tal como lo señaló el ingeniero Ruíz Sandoval en su dictamen. Veamos:

*"En conclusión, los Proponentes 2 y 7 de la presente licitación, y 13 y 4, respectivamente en la licitación LP-IDU-GTM-100, coinciden con 8 ítems 2.4.5, 2.4.7, 4.1.7 y 4.1.8 (en cada una) en un valor idéntico equivalente al 2.5% del valor máximo propuesto por la Entidad. Estos ítems representan cerca del 14% de los costos de las obras de construcción en ambas licitaciones.*

*Para el ítem 2.4.5 se presenta igualmente una coincidencia entre los Proponentes 14, Unión Temporal Solarte Ineconte 1001, y 15, Conciviles S.A., en la presente licitación, 1 y 2 respectivamente en la Licitación LP-IDU-GTM-100, quienes ofrecen un precio equivalente al 70% del valor máximo propuesto por la Entidad. Sin embargo, estos proponentes no presentan mas coincidencias de precios en ninguna de las dos licitaciones en curso..."*

*Así mismo, en la presente licitación, el ítem 2.4.7, se presenta una coincidencia entre los Proponentes Unión Temporal San Francisco, 8 y Conalvias, 12, quienes ofertan un precio equivalente al 95.4% del precio unitario máximo propuesto por la Entidad. Igualmente, en el ítem 4.1.7 los Proponentes Unión Temporal Transmilenio Las Américas, 1 y Consorcio Vial de las Américas, 3, ofertan el 50% del valor propuesto por la Entidad. Sin embargo, estas coincidencias no se presentan en la licitación LP-IDU-GTM-100."<sup>13</sup>*

- **Porcentaje del factor F2 dentro de la evaluación de las licitaciones**

<sup>12</sup> Dictamen pericial. Pagina 12. Carpeta 12 del expediente.

<sup>13</sup> Respuestas a las observaciones formuladas por los proponentes . Paginas 35 y 36. Cuaderno 12 del expediente

Por la cual se archiva una actuación

Por otro lado se probó dentro de la investigación, que los distintos factores de evaluación (F1, F2 y F3) tenían valores porcentuales diferentes, siendo F1 el de mayor peso y relevancia para efectos de la adjudicación (70%). Por el contrario, el factor F2 contaba con una importancia considerablemente menor (20%), que si bien era tenida en cuenta dentro de la evaluación de las licitaciones, no repercutía de manera trascendental a la hora de la decisión final.

Así las cosas, si bien se demostró que las coincidencias presentadas dentro del factor F2 en cuanto al precio unitario ponderado, no se estableció que fueron fruto de un acuerdo entre los investigados; de hecho las ofertas en si mismas tampoco contaban con la potencialidad para haber modificado la decisión final del IDU, aspecto que resulta esencial para configurar la conducta tipificada.

En consecuencia, no se vislumbra un nexo causal entre las coincidencias referenciadas en el transcurso de la investigación y la conducta rechazada legalmente, pues *"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>14</sup>. Las pruebas arrojaron un resultado contrario.

Conforme al cuestionario formulado por el Despacho al Ingeniero Jairo Ruiz Sandoval, el mismo señaló:

**"Pregunta 2:** *Si no se hubieran rechazado las propuestas Construcciones El Cóndor S.A. y Mario Alberto Huertas, cuáles hubieran sido las propuestas ganadoras?*

**Respuesta 2:** *Al realizar el ejercicio de evaluación hipotético de las dos Licitaciones incorporando las propuestas de Construcciones El Cóndor y Mario Huertas, se concluye que Construcciones El Cóndor de todos modos quedaría rechazada por no cumplir con el valor promedio del Factor F2 mínimo del 70%, mientras que la propuesta de Mario Huertas sí quedaría vigente hasta el final en el proceso de adjudicación, aunque se mantendría el resultado final de las propuestas ganadoras, tal como se muestra en el Anexo 1 del presente documento.* (Subrayas fuera de texto)

En conclusión, no existen dentro del expediente pruebas que le permitan considerar a este Despacho que la participación de los investigados en la precitada Convocatoria adelantada por el IDU, haya estado precedida de la realización de un acuerdo que hubiese tenido por objeto la colusión en las mencionadas licitaciones. Por el contrario lo que aparece probado es que las coincidencias presentadas, además que no tuvieron una relevancia tal que hubieran podido modificar la decisión finalmente adoptada por el IDU, fueron inducidas por los parámetros del pliego de condiciones elaborados por esa Entidad.

#### **Responsabilidad de la señora Luz María Correa Vargas**

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 establece la siguiente función:

<sup>14</sup> Sentencia de Revisión No. 007 del 26 de enero de 1995. Sala Civil. Corte Suprema de Justicia.

Por la cual se archiva una actuación

*"Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional."*

Lo anterior implica que para poder imponer esta sanción, debe haberse establecido la responsabilidad de las empresas de las cuales la representante legal haga parte. En la presente investigación no se configuró la modalidad del acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en consecuencia, la señora Luz María Correa, en su condición de representante legal de la sociedad Construcciones El Cóndor S.A., no es susceptible de responsabilidad alguna, toda vez que la sociedad de la cual ella formaba parte, fue exonerada.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Archivar la investigación abierta con el Número de radicación 02037428, contra el señor Mario Alberto Huertas Cotes y la sociedad Construcciones El Cóndor S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora ANA MARIA RUAN PERDOMO, en su condición de apoderada de la sociedad CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y al doctor JOSE RUIZ MORENO, en su condición de apoderado especial del señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, entregándoles copia de la misma y advirtiéndoles que contra lo resuelto en el presente acto administrativo, procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,**

Dado en Bogotá, a los **28 AGO. 2006**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,**

  
**JAIR RUBIO ESCOBAR**

**NOTIFICACIONES:**

|                |                               |
|----------------|-------------------------------|
| Sociedad       | CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. |
| Apoderada      | ANA MARIA RUAN PERDOMO        |
| Identificación | 60.276.028                    |

Por la cual se archiva una actuación

|                     |                             |
|---------------------|-----------------------------|
| T. P.               | 73.584 del C. S. de la J.   |
| Dirección           | Callè 78 No. 9 – 57 Piso 13 |
| Representante legal | LUZ MARIA CORREA VARGAS     |
| Identificación      | 42.883.130                  |
| Ciudad              | Bogotá, D. C.               |

|                |                             |
|----------------|-----------------------------|
| Nombre         | MARIO ALBERTO HUERTAS COTES |
| Apoderado      | JOSE RUIZ MORENO            |
| Identificación | 17.069.961                  |
| T. P.          | 13.534 del C. S. de la J.   |
| Dirección      | Carrera 40 A No. 127 A – 60 |
| Ciudad         | Bogotá, D. C.               |

JRE/Jfic

Radicación No. 02037428