



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

RESOLUCIÓN NÚMERO ²³⁶⁸² DE 2006
 04 SET. 2006

Por la cual se imparte una orden de archivo

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante resolución número 12675 del 2 de mayo de 2003, adicionada mediante resolución 24153 del 28 de agosto de 2003, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, ordenó abrir investigación contra Jorge Enrique Rojas Abril, y los integrantes del Consorcio Materiales, señores Luis Eduardo Novoa Carrillo y Marco Fidel Tequia González, así como contra los integrantes del consorcio Canteras, señores Alba Lucía Pardo Pulido y Martín Hernando Rodríguez Castillo, por la presunta violación a lo normado en el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en relación con la Licitación Pública No. IDU LP-UEL-043- del año 2002.

SEGUNDO: Que en aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación así como la resolución por la cual se adicionó la apertura, y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 30 de diciembre de 2003, se ordenó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el Informe Motivado que presentó el resultado de la investigación.

TERCERO: Que en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, del informe motivado se dió traslado a cada uno de los investigados, quienes vencido el término para expresar sus opiniones, guardaron silencio.

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

4.1. Tiempo de los hechos investigados

Los hechos a que hace referencia la presente resolución, habrían tenido lugar entre los meses de septiembre a diciembre de 2002.

4.2. Lo acontecido en la Licitación Pública No. IDU LP-UEL-043- del año 2002 convocada por el Instituto de Desarrollo Urbano

De conformidad con la queja radicada por la Directora del IDU ante esta Superintendencia, se conoció que el Comité Contractual de dicha entidad, en aras de preservar los principios rectores de la contratación administrativa esencialmente el principio de transparencia y el deber de selección objetiva

145

recomendó entre otras, el rechazo de las propuestas presentadas por los proponentes: *"CONSORCIO MATERIALES y JORGE ENRIQUE ROJAS ABRIL, puesto que ofertaron precios unitarios en el rango cercano al 80% del valor del presupuesto oficial, presentándose al proceso sin ánimo de competitividad y presumiblemente con la intención de favorecer a un tercero, toda vez que este tipo de propuestas no tiene ninguna posibilidad de éxito, dadas las condiciones en que históricamente se han presentado las propuestas en licitaciones con metodología de asignación de puntaje a las de la presente, dejando claro que propuestas con valores muy cercanos al 80% no constituyen una estrategia competitiva en esta Licitación. (...)"*

En consecuencia el Instituto decidió rechazar las propuestas presentadas por los proponentes: Consorcio Materiales y Jorge Enrique Rojas Abril, toda vez que, como ya se indicó, dichas propuestas se habrían presentado sin ánimo de competitividad, generando, en concepto de la entidad contratante, un entorno que impedía la comparación objetiva de las propuestas.

No obstante lo anterior, el IDU consideró importante profundizar la forma en que con la presentación de determinadas propuestas se distorsionaba la media geométrica de las Licitaciones; con este fin procedió a contratar con el Dr. Rafael Bautista, profesor de la Facultad de Administración de la Universidad de los Andes, PhD en Finanzas, experto en análisis de riesgo y en teoría de juegos, *"La elaboración de una herramienta metodológica fundamentada en razonamientos claros y demostrables desde el punto de vista estadístico, que permita establecer juicios de valor acertados acerca de la aplicación de la libre competencia en los procesos de selección de proponentes que adelanta el IDU"*.

Aplicando el concepto del Dr. Rafael Bautista, el IDU concluyó que las propuestas número dos (2), presentada a nombre del Consorcio Materiales integrado por los señores Luis Eduardo Novoa Carrilló y Marco Fidel Tequia González, y la número siete (7), presentada por el ingeniero Jorge Enrique Rojas Abril, se habían presentado sin ánimo de competitividad, y presumiblemente para favorecer la adjudicación a favor de un tercero, en ese caso la propuesta presentada por el Consorcio Canteras, integrado por Alba Lucía Pardo Pulido y Martín Hernando Rodríguez Castillo.

4.3. Aspectos relevantes del concepto rendido por el Dr. Rafael Bautista .-

El trabajo desarrollado por el Dr. Rafael Bautista contó con el apoyo de los profesionales de la Subdirección Técnica de Licitaciones y Concursos del IDU, y se desarrolló de la siguiente manera:

"1. Se elaboró un modelo matemático que permitía la construcción aleatoria de escenarios para la adjudicación de las licitaciones del Instituto, bajo el mecanismo de la asignación de puntajes con base en el cálculo de la media geométrica, incluyendo un número variable de veces el presupuesto oficial."

2. Se procedió a generar, utilizando el modelo construido y de manera aleatoria, un número mínimo de escenarios para un grupo de licitaciones recientes del Instituto (LP-UCL-026-2002, LP-UCL-028-2002, LP-UCL-029-2002, LP-UCL-034-2002, LP-UCL-035 -2002, LP-DTMV-030 -2002, LP-DTMV-032 -2002) en las cuales se utilizó el sistema de la media geométrica para la asignación de puntajes.

Con base en el conjunto de escenarios generados, el Dr. Bautista procedió a realizar el análisis estadístico de las distintas licitaciones y a la elaboración de su informe, el cual fue radicado en el IDU en el mes de noviembre de 2002.

De acuerdo con lo señalado por el experto en el informe en el cual se hizo referencia al "RAZONAMIENTO APLICADO PARA EL CASO DE LICITACIONES EN CURSO", la línea de razonamiento descrita en el mismo informe no estaba concebida para adaptarse específicamente a una licitación determinada, sino que se trataba de una línea general de argumentación aplicable a todas las licitaciones que cursaban en ese momento en dicha Entidad.¹

Procedió entonces el IDU a aplicar este procedimiento a la licitación LP-UCL-043-2002, encontrando lo siguiente:

- Se realizaron numerosas pruebas siguiendo la metodología descrita en el aparte iii) del numeral 4 del informe.
- Inicialmente se tomó una muestra aleatoria simple de 25 escenarios posibles para la ocurrencia de la licitación. Se corrió la muestra condicionada a que los proponentes 1,2,6 y 7 siempre permanecieran como parte de todas las muestras. Lo anterior por cuanto los proponentes No. 2 y 7 son los generadores del sesgo y los proponentes Nos. 1 y 6 ofertan sus valores un tanto por debajo de los demás oferentes.
- En todos los casos sale favorecido el proponente No. 1, sin importar la estructura de los otros participantes ni el número de valores oficiales que asigne la balota.
- Como contraste de la prueba se realizó una muestra sobre 25 escenarios, en los cuales los elementos causantes del sesgo excesivo, esto es, los proponentes Nos. 2 y 7, se dejan por fuera, pero los proponentes 1 y 6 permanecen presentes en todos los escenarios. En este segundo conjunto de escenarios, el proponente No. 1 nunca obtiene el mayor puntaje y el puesto de mayor puntaje va hacia otros participantes, dependiendo de las particularidades del escenario.

Así las cosas se obtuvo como resumen la siguiente combinación de eventos:

- a) Cuando se encuentran presentes los proponentes No. 2 y 7, gana siempre el proponente No. 1.
- b) Cuando están ausentes los proponentes Nos. 2 y 7, el proponente No. 1 nunca sale favorecido con la adjudicación.

¹ Documentos remitidos por el IDU, Anexos de la denuncia-. Respuestas a las observaciones formuladas por los proponentes. Folios 87 a 97 del cuaderno No. 1 del expediente radicado bajo el No. 03027512

- c) Los proponentes Nos. 2 y 7, no presentan estrategias competitivas, por cuanto con los precios ofertados, nunca podrían ser objeto de la adjudicación del proceso.

4.4. Resultados de la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio

a.- Pruebas documentales

A partir de la información suministrada por las personas vinculadas a la investigación, relacionada con la actividad desarrollada por cada una de ellas y su experiencia en materia de licitaciones o concursos, se pudo determinar:

- Que los investigados habían participado en otros procesos licitatorios en el IDU, y que lo habían hecho con propuestas cuyos valores oscilaban entre el 97.07% y 100.57% del presupuesto oficial señalado en el pliego de condiciones. Que conforme a lo señalado se pudo establecer que los proponentes vinculados a la investigación adelantada por esta Superintendencia, no siempre se presentan a las licitaciones con propuestas cuyos valores se acercan al rango más bajo, como en el caso de la licitación IDU-LP-UEL- 043- de 2002, en la cual se presentaron en el rango del 80%.
- De igual forma, los investigados coincidieron tanto en la información documental allegada al expediente como en sus declaraciones, al señalar que el valor de sus propuestas en la licitación Pública N° IDU-LP-UEL-043-2002 había sido adoptado por cada uno, en forma independiente, atendiendo fundamentalmente a sus costos y expectativas de utilidad.²

b. Prueba testimonial

Testimonio rendido por el Dr. Rafael Bautista, dentro de la investigación adelantada por esta Superintendencia.-

Teniendo en cuenta que uno de los argumentos que había tenido el IDU para solicitar la investigación por posible infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas de la competencia, dentro de la licitación LP-IDU - LP -UEL-043 de 2002, era el estudio realizado por este profesional, se procedió a decretar como prueba su testimonio.

² Ver declaraciones de los señores: Martín Hernando Rodríguez Castillo, integrante del consorcio Canteras recibida el 04 de febrero de 2004, respuestas a preguntas números 5, 6, 8, 10 y 19; Luis Eduardo Novoa Carrillo, integrante del consorcio Materiales, en declaración recibida el 03 de febrero de 2004, respuestas a preguntas números 5, 6, 11 y 22; Alba Lucía Pardo Pulido, integrante del consorcio Canteras, en declaración recibida el 24 de marzo de 2004, respuestas a preguntas números 10, 16, 19, 20 y 22; y del Ingeniero Jorge Enrique Rojas Abril, declaración recibida el 28 de enero de 2004, respuestas a preguntas números 5, 6, 8 y 9.

116

El testimonio fue rendido ante funcionarios de esta Superintendencia el 7 de julio de 2004 y en desarrollo del mismo se formularon preguntas que permitiesen definir si lo acontecido con la presentación de las propuestas identificadas como Nos. 1, 2 y 7, correspondía o no a un acuerdo colusorio.

Durante la audiencia pública convocada por esta Superintendencia para oír su testimonio, el Dr. Rafael Bautista manifestó que tuvo que basarse en pruebas estadísticas para decidir si la licitación podía ser aceptada *"como buena o para declararla desierta"*, aclarando que la metodología usada por el IDU definía una determinada distribución estadística para la media geométrica y que si ella se salía de cierto rango de confianza de la prueba de hipótesis, resultaba mejor realizar de nuevo la licitación.

La metodología utilizada por el Dr. Rafael Bautista tuvo como base el estudio de datos históricos disponibles de licitaciones previas y junto con personal del IDU con experiencia en el manejo de licitaciones, estableció los límites de confianza para realizar la prueba de hipótesis la cual tenía un 0.5% de significancia, usando como prueba estadística la media geométrica. Una vez realizada esa labor, se llevaron a cabo simulaciones con licitaciones pasadas y vigentes para comprobar la robustez del procedimiento, concluyendo en términos del experto *"que dentro de los límites de cómo los expertos del IDU entendían los procesos previos, el modelo de selección cumplía con los requisitos de seleccionar procesos que ellos reconocían como improbables en cumplimiento de la ley de competencia"*³.

A su vez, dentro de la misma diligencia de testimonio, se indagó al experto matemático, sobre cuáles serían los procesos a los que él se refería como improbables, manifestando que serían *"básicamente procesos en donde la media geométrica colectiva (...) mostraba un número muy grande de desviaciones por debajo de la media histórica"*.

Teniendo en cuenta que las pruebas decretadas dentro de la investigación adelantada por esta Entidad, tenían como fin último demostrar la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia bajo la modalidad de colusión en licitaciones públicas, se preguntó al testigo si era conocedor de que el estudio elaborado iba a ser utilizado como un mecanismo para definir ambientes o escenarios de colusión entre los licitantes de un proceso en particular, a lo cual se refirió así: *"Si me permite una ligera digresión, soy un estudioso de los casos de decisión basados en el uso de las probabilidades y en asuntos de carácter jurídico los pocos casos que me resultan conocidos con alguna profundidad, todos conducen a la conclusión de que es peligroso determinar conductas culposas a través de una inferencia de probabilidades, que usualmente llegar a esas conclusiones requiere de alguna forma de prueba directa y no una inferencia a través de probabilidades. Precisamente, por eso me tocó sugerirles un pequeño cambio en el enfoque, pero fue una sugerencia"*⁴. (negrilla fuera de texto)

³ Respuesta del Dr. Rafael Bautista a la pregunta No. 13 tomada por el despacho en la diligencia celebrada el día 7 de julio de 2004.

⁴ Respuesta del Dr. Rafael Bautista a la pregunta No. 20 tomada por el despacho en la diligencia celebrada el día 7 de julio de 2004.

Contra interrogado a su vez el testigo, para que profundizara su concepto sobre lo que entendía por prueba directa, citó el ejemplo de *"el equivalente de la famosa llamada gravada del miti-miti, eso es una prueba directa"*.

Finalmente el Dr. Rafael Bautista, ante la pregunta No. 23 formulada por el Despacho, afirmó que el estudio por él elaborado no permitía con absoluta certeza definir un escenario de colusión entre los licitantes para alterar la media geométrica y de esta forma lograr la adjudicación, *"(...) porque el número de razones por las cuales un proceso puede terminar rechazado es muy grande. Agota un espectro de posibilidades que iría desde colusión hasta simple y llana ignorancia del proponente. No hay manera de saber que causó la desviación de la media."*⁵

Así las cosas, el testimonio recibido al doctor Rafael Bautista Mena, permitió evidenciar que la sola circunstancia de presentarse a una licitación con propuestas de un valor cercano al rango del 80%, no es indicativo, en si mismo y por si solo, de un deseo de no competir y, mucho menos, de un comportamiento colusorio.

c. Hechos probados

- Que mediante resolución No. 8799 del 27 de septiembre de 2002, el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU ordenó la apertura de la licitación pública Número IDU-LP-UCL-043-2002, cuyo objeto era la contratación del suministro de recebo en la localidad de Suba, en Bogotá D.C.
- Que en la mencionada licitación presentaron propuestas, entre otros, los siguientes oferentes: Consorcio Materiales integrado por los señores Luis Eduardo Novoa Carrillo y Marco Fidel Tequia, Consorcio Canteras integrado por los señores Alba Lucía Pardo Pulido y Martín Hernando Rodríguez Castillo y el ingeniero Jorge Enrique Rojas Abril, quien presentó su propuesta individual como persona natural.
- Que de conformidad con la información allegada al expediente se pudo establecer que las personas vinculadas a la investigación habían participado en múltiples procesos licitatorios y contaban con experiencia en el ejercicio de la ingeniería civil, y específicamente en la contratación y suministro de materiales pétreos.

4.5. Adecuación normativa

La investigación se abrió 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.

⁵ Testimonio del Doctor Rafael Bautista MENA, doctorado en Matemáticas, PhD en Finanzas y experto en análisis de riesgos y teoría de juegos. Obrante a folios 316 a 326 del cuaderno No. 2 del expediente.

Wb
7

Así las cosas, los acuerdos contrarios a la libre competencia, bajo la modalidad de colusión en licitaciones, se configuran cuando se presenten los siguientes supuestos fácticos:

- La existencia de un acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales, jurídicas, integrantes de consorcios o uniones temporales)
- Que el mencionado acuerdo contrario a la libre competencia tenga por objeto la colusión en licitaciones o concursos,
- Que el acuerdo tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Corresponde ahora entrar a verificar si los mencionados supuestos, se cumplen 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. En este sentido, vale la pena aclarar que si bien la norma menciona empresas, éste concepto debe entenderse como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.⁶

Las figuras de 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, 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.

b. Colusión

Ahora bien, por colusión se entiende la acción o efecto de *coludir*,⁷ y por *coludir* 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*".⁸

⁶ Artículo 25 del Código de Comercio.

⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, página 330.

⁸ Sentencia de Revisión No. 007 del 26 de enero de 1995. Sala Civil. Corte Suprema de Justicia

La bilateralidad, supone que el acuerdo 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, que para el caso concreto de los acuerdos previstos en el numeral 9° del artículo 47, sería cualquier sujeto que participe en licitación pública o concurso.

En el caso objeto de estudio se llegó a la conclusión que la bilateralidad, entendida como actuación conjunta o producto de una previa concertación en el proceder, no se verificó pues, si bien las propuestas presentadas dentro de la Licitación Pública No. LP-UEL-043- del año 2002, identificadas con los números 2 y 7, correspondientes al Consorcio Materiales y al ingeniero Jorge Enrique Rojas Abril, se presentaron dentro del rango del 80% y del 80.44% del valor del presupuesto oficial determinado por la Entidad contratante, ello no implicaba forzosamente que fuesen el producto de un concierto previo para definir los términos de sus propuestas.

Así las cosas, si bien el IDU manifestó que las coincidencias presentadas dentro de los valores de las propuestas, cuyos rangos se acercaban al 80% del presupuesto oficial determinado por la Entidad contratante, podrían crear sesgos que matemáticamente favorecieran a un tercer participante, culminada la investigación de esta Superintendencia, no se estableció que hubieran sido el resultado de un acuerdo entre los investigados, aspecto que resulta primordial para configurar la modalidad del acuerdo contrario a la libre competencia, cuya presunta realización determinó la apertura de la investigación.

Con fundamento en lo expuesto, al no probarse el acuerdo colusorio materia de la investigación, resulta innecesario evaluar el objeto y el efecto de la presunta infracción.

4.6. Autorización, ejecución o tolerancia

Como quiera que no se estableció dentro del proceso que las personas investigadas incurrieron en prácticas anticompetitivas, no habrá lugar a la imposición de sanciones de que trata el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1982, relacionada con las personas naturales que hubiesen autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el decreto 2153 de 1992.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Archivar el expediente correspondiente a la investigación radicada bajo el Número 03027512, contra Jorge Enrique Rojas Abril, Luis Eduardo Novoa Carrillo, Marco Fidel Tequia González, Alba Lucía Pardo Pulido y Martín Hernando Rodríguez Castillo, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los señores: Jorge Enrique Rojas Abril, Luis Eduardo Novoa Carrillo, Marco Fidel Tequia González, Alba Lucía Pardo Pulido y Martín Hernando Rodríguez Castillo, respectivamente, el contenido de la presente resolución entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ella 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **04 SET. 2006**

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

NOTIFICAR

Señor
LUIS EDUARDO NOVOA CARRILLO
C.C. 19.427.019
Investigado – Integrante Consorcio Materiales
Calle 120 No. 38 - 21
Bogotá D. C.

Señor
MARCO FIDEL TEQUIA GONZÁLEZ
C.C. 3.177.318
Investigado – Integrante Consorcio Materiales
Carrera 6 No. 15 - 38
Soacha – Cundinamarca

Señorita
ALBA LUCÍA PARDO PULIDO
C.C. 52.204.853
Investigada – Integrante Consorcio Canteras
Transversal 13 A No. 119 - 39
Bogotá D. C.

Señor
MARTÍN HERNANDO RODRÍGUEZ CASTILLO
C.C. 80.411.093
Investigado – Integrante Consorcio Canteras
Calle 162 No. 17 - 40
Bogotá D. C.

Señor
JORGE ENRIQUE ROJAS ABRIL
C.C. 19.448.037 de Bogotá
Investigado
Calle 72 A No. 17 – 24 oficina 301
Bogotá D. C.

BICA / JLVC