



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015

(27 AGO 2015)

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹ y el Decreto 2153 de 1992², y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 40875 de 2013³, confirmada mediante la Resolución No. 64842⁴ de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”), sancionó a **VALME LTDA**⁵ (en adelante “VALME”) y a los miembros del **CONSORCIO H&F** (en adelante “H&F”), **FUNDACIÓN COLOMBIA VIVA** (en adelante “COLOMBIA VIVA”) y **HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES**, por incurrir en la prohibición contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, dentro del trámite de Subasta Inversa No. SA-03-06-2010 adelantado por la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA**, cuyo objeto era el *“mejoramiento de la infraestructura física de las instalaciones de la asamblea departamental del municipio de Arauca”*.⁶

Así mismo, a través de la misma Resolución sancionó a **EDGAR MARÍN RUEDA**, en su calidad de representante legal de **COLOMBIA VIVA**, y a **OMAR RENGIFO MOSQUERA**, en su calidad de representante legal de **VALME**, por incurrir en las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En el **ARTÍCULO SEXTO**⁷ de la mencionada decisión, se ordenó la remisión del expediente y la respectiva Resolución sancionatoria a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la **SIC** (en adelante la “Delegatura”), para que estudiara la posibilidad de abrir una investigación en contra de **DIEGO DORADO RODRIGUEZ**, en su condición de Representante Legal de **H&F**, por haber participado en la comisión de la conducta anticompetitiva pero no haber sido incluido como investigado dentro de la actuación administrativa que culminó en la sanción mencionada.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Resolución expedida bajo el Radicado No. 10-164566.

⁴ Ibidem.

⁵ Por oficio No. 10 del 8 de enero de 2010 de la Asamblea de accionistas, inscrita en la Cámara de Comercio de Arauca, el 11 de enero de 2013 bajo el No. 5857 del libro respectivo, la sociedad **VALME LTDA.** se transformó en sociedad por acciones simplificada denominada **VALME S.A.S.**, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal.

⁶ Para dicho contrato, la Gobernación contaba con un presupuesto oficial de \$173'284.260.87.

⁷ Numeral aclarado mediante Resolución No. 423145 de 2013, Folios 2166 a 2168 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 27 6 2 DE 2015 Hoja No. 2

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

Al respecto, la Resolución No. 40875 de 2013 manifestó lo siguiente en su numeral 8.6.4:

"No obstante en contra del señor DIEGO DORADO RODRÍGUEZ no se inició investigación, el Despacho considera que del material probatorio obrante en el expediente existe mérito suficiente para remitir el presente acto administrativo mediante el cual se sancionará a los integrantes del CONSORCIO H&F y a la empresa VALME LTDA. a la Delegatura para la Protección de la Competencia, para que, dentro de sus facultades, considere la necesidad de abrir investigación en contra de DIEGO DORADO RODRÍGUEZ.

Lo anterior, en cuanto se encontró que el señor DIEGO DORADO RODRÍGUEZ, representante legal del CONSORCIO H&F para la época de los hechos investigados, ahora actuando en calidad de representante legal de VALME LTDA., manifestó que en efecto él fue quien en principio elaboró la propuesta de VALME LTDA., hasta el momento en que súbitamente decidió presentarse al proceso de selección por aparte, para lo cual conformó el CONSORCIO H&F y procedió a elaborar también su propuesta. Lo anterior lo expresó en los siguientes términos:

"Hasta ese momento y antes de que como persona natural, yo encontrara las personas y/o empresas que cumplieran con la capacidad de experiencia y jurídica que a la postre serían el señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes y la Fundación Colombia Viva, ayudé a elaborar la propuesta de VALME, no teniendo legalmente hasta ese momento, ninguna inhabilidad o incompatibilidad en ayudar a VALME a armar su propuesta, pues no formaba parte de ningún consorcio. Una vez encontrados los integrantes que cumplieran las condiciones del pliego, para mí era mejor presentar mi propia propuesta que continuar ayudando a VALME, en el proceso investigado (...)"
(Negrilla fuera del texto)

"Después que como persona natural, yo encontrara las personas y/o empresas que cumplieran con la capacidad de experiencia y jurídica (el señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes y la Fundación Colombia Viva), proyecté, elaboré, firmé y presenté la manifestación de interés a nombre del Consorcio H&F. El señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes, no fue consultado sobre su interés en hacer parte del consorcio para el proceso investigado (...)" (Negrilla fuera del texto)

"Debido a la premura del tiempo, el 24 de noviembre de 2010, actuando como persona natural y bajo el entendido que yo conservaba los formatos de la propuesta de VALME, del proceso investigado por colusión, así como los formatos de otros procesos en los que yo había ayudado a VALME, cometí el error involuntario de no quitar el correo Brian302@hotmail.com de la nueva propuesta". (Negrilla fuera del texto)

(...)

"[y]o, antes de inscribir en Consorcio H&F, había ayudado a elaborar la propuesta de VALME, en el proceso investigado y de otros proceso (sic) que había ayudado a preparar propuesta (sic) de VALME como persona jurídica y como integrante de un consorcio. Antes de inscribir el Consorcio H&F, yo no tenía conocimiento ABSOLUTO si me presentaría como representante legal del Consorcio H&F, en el proceso investigado por colusión".
(Negrilla fuera del texto)

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 3

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

Como puede observarse de lo manifestado por el señor DIEGO DORADO RODRÍGUEZ, su participación en el proceso de selección No. SA-03-06-2010 de la Gobernación de Arauca y en las conductas investigadas es palmaria, por lo que, como se señaló anteriormente, el presente acto administrativo junto con el expediente serán remitidos a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para lo pertinente.⁸

SEGUNDO: Que en virtud de la anterior remisión, el 6 de agosto de 2013⁹ el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó a la Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Colusiones que iniciara una averiguación preliminar para establecer la necesidad de iniciar una investigación en contra de **DIEGO DORADO RODRIGUEZ**.

Una vez adelantadas las respectivas actuaciones dentro de la Averiguación Preliminar, la Delegatura abrió una investigación y formuló Pliego de Cargos a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, a través de la Resolución No. 17676 de 2014¹⁰, con el fin de determinar si con su comportamiento, en el marco del proceso de Subasta Inversa mencionado, y como Representante Legal de **H&F**, incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992¹¹, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia por las cuales **H&F** y otros fueron sancionados¹².

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de apertura de investigación y pliego de cargos, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas¹³, la Delegatura decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para efectos de la investigación administrativa¹⁴.

CUARTO: Que culminada la etapa probatoria y practicada la audiencia de descargos prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹⁵, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio su Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción¹⁶, en el que recomendó sancionar a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, en su calidad de representante legal de **H&F**, por la violación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. En dicho Informe, la Delegatura expuso, entre otras cosas, lo siguiente:

⁸ Hojas 83 y 84 de la Resolución No. 40875 de 2013.

⁹ Folio 49 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folios 2468 a 2489 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

¹¹ Modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

¹² Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

¹³ Decreto 2153 de 1992, artículo 52, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

¹⁴ Resolución No. 69720 de 2014 en folios 2586 a 2592 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

¹⁵ Modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, a su vez modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

¹⁶ Folios 2641 a 2669 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 4

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

4.1. Elementos relevantes del proceso de selección abreviada No. SA-03-06-2010 adelantado por el DEPARTAMENTO DE ARAUCA

La **SECRETARÍA GENERAL Y DE DESARROLLO INSTITUCIONAL** del **DEPARTAMENTO DE ARAUCA** abrió¹⁷ el proceso de selección abreviada No. **SA-03-06-2010** con el objeto de contratar el "mejoramiento de la infraestructura física de las instalaciones de la Asamblea Departamental, Municipio de Arauca, Departamento de Arauca", para lo cual contaba con un presupuesto oficial de \$173.284.260.87, conforme al certificado de disponibilidad presupuestal No. 3867 del 16 de noviembre de 2010 expedido por la **SECRETARÍA DE HACIENDA DEPARTAMENTAL**.

Los criterios de evaluación de dicho proceso se basaba en dos grandes factores: (i) un factor de calidad que otorgaba un máximo de 400 puntos, y; (ii) un factor económico que otorgaba un máximo de 600 puntos.

Vencido el plazo para la presentación de propuestas, se presentaron 4 proponentes: **VALME, H&F, CONSORCIO INVERSIONES DEL NORTE** y **JULIÁN ESTEBAN ESCOBAR ESCOBAR**.

Una vez calificado el factor de calidad, los proponentes obtuvieron los siguientes puntajes: **VALME** 375 puntos, **H&F** 325 puntos, **CONSORCIO INVERSIONES DEL NORTE** 325 puntos y **JULIÁN ESTEBAN ESCOBAR ESCOBAR** 400 puntos.

Posteriormente, abiertas las ofertas económicas de los proponentes, y luego de la evaluación del factor económico, se obtuvieron los siguientes resultados:

TABLA 1 - CALIFICACIÓN DE LAS OFERTAS ECONÓMICAS

OFERENTES	VALOR	DIFERENCIA	PUNTOS
VALME LTDA.	\$169.645.292,45	\$1.386.274,08	600
CONSORCIO H&F	\$156.822.259,32	\$11.436.759,06	300
CONSORCIO INVERSIONES DEL NORTE	\$173.284.260,87	\$5.025.242,49	491,38
JULIÁN ESTEBAN ESCOBAR ESCOBAR	\$173.284.260		
Presupuesto Oficial		\$173.284.260,87	
Media Aritmética		\$168.259.018,38 ¹⁸	

Fuente: Elaboración **SIC** con base en información obrante en el folio 4 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

Teniendo en cuenta lo anterior y luego de sumados los puntajes obtenidos en los dos criterios de evaluación, se adjudicó el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía **SA-03-06-2010** a **VALME** por \$169.645.292.45¹⁹, el 27 de diciembre de 2010, mediante Resolución No. 4395 expedida por la **GOBERNACIÓN DE ARAUCA**.

¹⁷ Mediante Resolución No. 3701 de 2010 de la **SECRETARÍA GENERAL Y DE DESARROLLO INSTITUCIONAL** del **DEPARTAMENTO DE ARAUCA**.

¹⁸ En desarrollo de la Audiencia el Comité Técnico recomendó rechazar la propuesta de **JULIÁN ESTEBAN ESCOBAR ESCOBAR**, razón por la cual su oferta económica no es considerada para el cálculo de la media aritmética.

¹⁹ Resolución No. 4395 del 27 de diciembre de 2010. Obrante en folios 265 a 275 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 6

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

confianza en mí. Que soy el responsable único, exclusivo y directo en el valor ofertado y en la formulación de la propuesta y de las consecuencias que dichos actos deriven.

QUINTO: Manifiesto que Acepto, que abuse (sic) de la confianza de los consorciados y que fueron usados para utilizar su experiencia y capacidad en el proceso de selección, que ellos desconocían totalmente la forma o mecanismo de participación. Que la información o respuesta dada sobre la investigación preliminar por los consorciados, fue aportada por mí y aceptada por los consorciados basados en el principio de buena fe, toda vez que su contenido es cierto, pues comparto con VALME LTDA. la oficina y los servicios públicos, tal y como lo pudo constatar la Fundación.

Esta Declaración se hace para que sirva como prueba para un proceso de investigación que se lleva a cabo por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO”

A su vez, **VALME**, representada por el mismo **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, investigado en el trámite actual, señaló respecto del Informe Motivado lo siguiente²³:

“8. Después que como persona natural, yo [DIEGO DORADO RODRÍGUEZ] encontrara las personas y/o empresas que cumplieran con la capacidad de experiencia, financiera y jurídica (el señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes y la Fundación Colombia Viva), proyecté, elaboré, firmé y presente la manifestación de interés a nombre del Consorcio H&F. El Señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes, no fue consultado sobre su interés en hacer parte del consorcio para el proceso investigado, teniendo en cuenta que el 22 de noviembre de 2010, después del medio día, el teléfono móvil celular del señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes, aparecía apagado. Yo conocía toda la información técnica, jurídica y financiera del Ingeniero Héctor Eduardo Ríos Fuentes, toda vez que él había participado en otro consorcio (Consorcio Construcciones de Oriente), en el que yo había ayudado a elaborar la propuesta. Fue así como a las 14:00 horas del 22 de noviembre de 2010, fui a las instalaciones de la Fundación Colombia Viva, para averiguar y constatar si cumplía con el resto de los requisitos que me faltaban para cumplir con las condiciones de la licitación investigada. Una vez verificado que el señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes y la Fundación Colombia Viva, cumplieran con las condiciones del pliego, procedí a elaborar la manifestación de interés del Consorcio H&F.

9. Después que realizara la manifestación de interés a nombre del Consorcio H&F, a las 14:42 horas del 22 de noviembre de 2010, leí con mucho detenimiento los pliegos de condiciones, observando que la forma de pago era sin anticipo, por lo que una vez analizada la situación, concluí que no debía armar la propuesta del Consorcio H&F y así procedí. Desde ese momento no intente comunicarme con el señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes, toda vez que no tenía la intención de continuar en el proceso investigado.

Después de consultar y analizar mi necesidad de trabajo y las posibilidades de un préstamo con bancos y/o conocidos y/o amigos, para la ejecución óptima (sic) del contrato a celebrarse entre la Gobernación de Arauca y el Consorcio H&F, decidí nuevamente, como persona natural, armar la propuesta el 24 de noviembre de 2010.

10. Posteriormente a estos hechos y como ya se explicó en el punto anterior, el 24 de noviembre de 2010, fecha cercana al cierre del plazo para la entrega

²³ Folio 1956 y 1957 del Cuaderno Público No. 10 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 7

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

de propuestas, como persona natural decidí armar la propuesta a nombre del Consorcio H&F, enviando al señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes, mediante correo electrónico, la segunda hoja del Documento Consorcial para su firma. Ya en este tiempo el Señor Ríos Fuentes había firmado dos (2) días antes la disponibilidad del equipo para VALME.

12. Debido a la premura del tiempo, el 24 de noviembre de 2010, actuando como persona natural y bajo el entendido que yo conservaba los formatos de la propuesta de VALME, del proceso investigado por colusión, así como los formatos de otros procesos en los que yo había ayudado a VALME, cometí el error involuntario de no quitar el correo Brian302@hotmail.com de la nueva propuesta. Estoy seguro que si yo, no hubiera encontrado las personas que cumplían los requisitos, de tal forma que el Consorcio H&F, no se hubiera podido presentar, todos los datos de la Propuesta de VALME, en el proceso investigado, serían (sic) normales. Es necesario precisar que es la única vez que se presentan el Consorcio H&F y VALME, individualmente a un mismo proceso. El señor Omar Rengifo Mosquera y yo, no tuvimos el cuidado suficiente de borrar los correos y otros datos de los formatos prediseñados de otros procesos, los cuales no pertenecían a las propuestas del proceso investigado.

13. Que la disponibilidad de equipo que VALME le certificó al Consorcio H&F, se debió a que la propuesta de VALME estaba sellada y con seguro en una caja sellada (esta es una política de los socios de la empresa antes de entregar una propuesta), para ser abierta únicamente antes de la entrega. Por esto, el señor Omar Rengifo Mosquera, y yo, no encontramos inconveniente en aportar en las dos propuestas, certificaciones de equipo cruzadas; pues por la premura del tiempo era la única salida. El señor Omar Rengifo Mosquera, inicialmente evito (sic) disponer de su propia disponibilidad de equipo para la propuesta de VALME, teniendo en cuenta que estaba averiado. El pliego definitivo en este caso es muy claro y establece que el equipo debe estar en óptimas condiciones. Se puede observar que la disponibilidad de equipo presenta textos de otras propuestas efectuadas anteriormente por VALME, pues la última se hizo contra el tiempo, debido a que yo, actuando como persona natural, me decidí a armarla en fecha cercana al cierre de entrega de propuestas. Ahora bien, es conveniente explicar que VALME, no se certificó ella misma, teniendo en cuenta que los andamios que poseía no estaban en buen estado; por consiguiente se decidió por solicitarle al señor Héctor Eduardo Ríos Fuentes, la disponibilidad de su equipo; es en este momento que el Ríos Fuentes certificó la disponibilidad como se explicó anteriormente en el punto, no haciendo parte para ese momento de ningún consorcio.”²⁴

Una vez estudiados los argumentos de los investigados, el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio consideró que el hecho de que **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** se atribuyera la responsabilidad de la creación de la oferta de H&F, no eliminaba la responsabilidad de los miembros del consorcio.

A pesar de que las declaraciones no tenían la virtualidad de excusar la conducta de los demás miembros del consorcio, sí llevaron al Despacho del Superintendente a solicitar a la Delegatura que determinara la pertinencia de iniciar una investigación en contra de **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** por su presunta responsabilidad en la conducta anticompetitiva, siendo este el objeto de la presente actuación.

²⁴ Folios 1827 a 1828 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 8

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

En la resolución que determinó la existencia de la colusión, la SIC sostuvo que los argumentos eximentes de responsabilidad expuestos por los sancionados en torno a su presunta buena fe, no tenían virtualidad de modificar la decisión sancionatoria, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

“[L]a aplicación de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas no tiene como requisito sine qua non que los agentes económicos obren de “buena o mala fe”, pues precisamente la redacción y para el caso sub examine del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, rechaza las conductas 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”. Es decir, no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar un daño -objeto-, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto

Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica, pues como se desprende del contenido del pronunciamiento de la Corte Constitucional citado, el principio de buena fe no reemplaza las normas vigentes.

Aceptar una interpretación diferente de las normas de libre competencia equivaldría a exonerar de responsabilidad a aquella persona que realiza un cartel para aumentar los precios con la simple intención de beneficiar una industria que se encuentra pasando por un momento económico difícil, y sin la intención de perjudicar los consumidores, lo cual es a todas luces contrario al régimen de libre competencia

Por las razones expuestas, este Despacho debe desvirtuar el argumento aducido por VALME LTDA. en relación a que sus actuaciones se realizaron de conformidad con el principio de buena fe, y por lo tanto no deberían ser castigadas. Asimismo, el argumento de los integrantes del CONSORCIO H&F en relación a que actuaron de buena fe al delegar en su representante legal la preparación y presentación de la propuesta para el proceso de selección debe ser rechazado en la medida que, como se expuso anteriormente, la responsabilidad por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato recae solidariamente sobre sus integrantes, quienes tienen el deber de actuar diligentemente para ejercer su función de controlar y vigilar las actuaciones de su representante legal. Pero más importante aún, el argumento debe ser rechazado debido a que quien ejecutó la conducta anticompetitiva fue el CONSORCIO H&F y no únicamente DIEGO DORADO RODRÍGUEZ, ya que la propuesta económica la presentó el consorcio del cual participaban los investigados.

En este sentido, es también importante señalar que la buena fe no se constituye simplemente por la creencia de haber actuado de manera regular, sino que se requiere adicionalmente haber adoptado un comportamiento diligente “que revista de certeza la apariencia en la que se funda su creencia”, actuación que en este caso tampoco se observó de parte de los investigados, quienes alegan haber participado como miembros del consorcio sin ni siquiera saber la oferta que se realizaría.

De igual manera, debe recordarse que el principio de buena fe no exime de responsabilidad a los agentes del mercado frente al cumplimiento de las

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 9

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

*normas que protegen la libre competencia. Por lo tanto, el argumento de los investigados en este sentido carece de fundamento, toda vez que en el presente caso fue posible comprobar un incumplimiento de las normas jurídicas que comprenden el régimen de la libre competencia, por lo que dicho incumplimiento debe ser sancionado."*²⁵

Adicional a lo anterior, la **SIC** encontró pruebas, tanto documentales como económicas, que no dejan duda de que **VALME** y **H&F** fraguaron una estrategia colusoria en el proceso Selección Abreviada **SA-03-06-2010** celebrado por la **SECRETARÍA GENERAL Y DE DESARROLLO INSTITUCIONAL** de la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA**.

Así mismo, la **SIC** demostró plenamente que las ofertas de los dos competidores fueron elaboradas parcial y totalmente por la misma persona (i.e. **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**), y que entre dichas ofertas existía un alto grado de complementariedad para que una de ellas, la de **H&F**, modificara sustancialmente el cálculo de la media aritmética para favorecer a la otra, la de **VALME**. Esta situación se demostró a través del análisis económico de las ofertas presentadas y el método de adjudicación del proceso bajo estudio.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la **SIC** decisión sancionar a los investigados con las siguientes multas pecuniarias:

TABLA 2 - SANCIONES IMPUESTAS A LOS INVESTIGADOS EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ADELANTADA MEDIANTE EL RADICADO NO. 10-164566

SANCIONADO	SANCIÓN
HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES	\$26.000.000
FUNDACIÓN COLOMBIA VIVA	\$26.000.000
VALME	\$83.500.000
EDGAR MARÍN RUEDA	\$2.500.000
OMAR RENGIFO MOSQUERA	\$10.000.000

Fuente: Elaboración **SIC** con base la información obrante en el folio 2463 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

4.3. Consideraciones de la Delegatura sobre la contravención por parte de DIEGO DORADO RODRÍGUEZ del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992

La Delegatura señala que la colusión entre **VALME** y el consorcio **H&F**, que fue declarada y sancionada en la Resolución No. 40875 de 2013, no tiene que ser nuevamente demostrada.

En tal virtud, y teniendo como probada la colusión dentro del trámite No. 10-164566²⁶, la Delegatura se limita a evaluar los motivos por los cuales **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, de acuerdo a las pruebas que obran en el Expediente, debe ser sujeto

²⁵ Reverso del folio 41 y frente del folio 42 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁶ El Expediente No. 10-164566, contentivo de 9 carpetas y 2014 folios, fue trasladado al presente Expediente mediante memorando identificado con el radicado No. 13-194404-1 del 23 de agosto de 2013. Folio 52 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 10

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

de una sanción debido a su actuar como representante legal de **H&F**, para el momento de los hechos en los que ocurrió la colusión.

La Delegatura resalta que para que se configure la responsabilidad antes descrita, se tienen que presentar dos elementos: (i) debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa y; (ii) que la persona investigada haya colaborado, facilitado, autorizado, tolerado o ejecutado la conducta anticompetitiva.²⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura recuerda lo manifestado por **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** en audiencia de testimonio²⁸, así como su declaración juramentada²⁹, para concluir que él ejecutó la conducta sancionada a **VALME** y **H&F**, toda vez que elaboró y presentó la de **H&F**. Además, conocía la propuesta de **VALME**, y sabiendo que **VALME** se presentó en el proceso de selección, no declaró ningún tipo de impedimento con respecto a la presentación de la propuesta de **H&F**.

Agrega la Delegatura que en el testimonio del 19 de diciembre de 2014, **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** contestó lo siguiente, demostrando su tolerancia ante el acuerdo colusorio:

*“**SIC**: Usted que era el representante legal del consorcio H&F y había contribuido en la confección de la propuesta de VALME Ltda. ¿Nunca declaró ninguna inhabilidad para participar en ese proceso de selección o incompatibilidad o una situación de conflicto de interés que de alguna manera lo impedía para participar en ese proceso particular?”*

***DIEGO DORADO RODRIGUEZ**: Pues yo si ayudé con algunos formatos que no tenían importancia, entonces yo no le vi problema, eran formatos que prácticamente no tenían puntaje en la selección abreviado, entonces por eso yo no le vi problema en ayudar al consorcio H&F, digamos no tenía información importante de VALME.”³⁰*

Por último, la Delegatura expone que la **SIC** ha dicho que *“la responsabilidad de una persona se predica del aporte que hace a la comisión de la conducta, que en el caso de un representante legal atiende a las decisiones que adopta en ejercicio de su rol o respecto a las decisiones que en su posición de representación legal debe conocer, decidir e implementar”³¹*. De acuerdo con lo anterior, es posible probar que el investigado autorizó la conducta al presentar la propuesta de **H&F**, a sabiendas de que **VALME** presentaría la propuesta que él había elaborado. Además, una vez iniciado el proceso, en ningún momento manifestó incompatibilidad respecto a su participación, lo cual es un indicio claro de su aprobación a la conducta llevada a cabo dentro del proceso de selección.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la responsabilidad de **H&F** fue demostrada y sancionada, y teniendo en cuenta que todos los elementos probatorios señalan a que

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53991 del 14 de septiembre 2012.

²⁸ Folio 2599 del Cuaderno Público 11 del Expediente. Testimonio minuto 10:45.

²⁹ Folio 1798 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

³⁰ Folio 2599 del Cuaderno Público 1 del Expediente. Testimonio minuto 23:26.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 8896 del 2 de marzo de 2015.

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

DIEGO DORADO RODRÍGUEZ autorizó, toleró y/o ejecutó la conducta anticompetitiva del consorcio, la Delegatura recomienda sancionarlo.

4.4. Recomendaciones de la Delegatura

Por las consideraciones expuestas en el Informe Motivado, la Delegatura le recomendó al Superintendente de Industria y Comercio:

- *“**SANCIONAR a DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** en su calidad de representante legal de **H&F** para la época de los hechos, por la infracción de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*
- *Al momento de tasar la sanción de **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** es necesario tener en cuenta que el investigado, durante todo el proceso, aceptó su participación en la elaboración de las dos propuesto, en ningún momento negó los hechos por los cuales se abrió la presente investigación. “*

QUINTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado de la Delegatura al investigado, quien dentro del término establecido para que expresaran sus observaciones manifestó lo siguiente:

- Que la mayor parte de sus observaciones al Informe Motivado consisten en el reenvío de sus descargos respecto de la apertura de la investigación, los cuales no llegaron a la **SIC** en tiempo por cuanto el correo institucional no permite la entrada de correos con peso mayor a 10 MB, y sus documentos pesaban más de 19 MB. Agrega que no comparte las apreciaciones de la Delegatura respecto a que su defensa de la formulación de cargos hubiese llegado de forma extemporánea. En su concepto, se encontraba en término para presentar sus descargos, ya que lo notificaron el 15 de julio de 2014 y su escrito era del 12 de agosto de 2014.
- Que su actuación sobre la oferta de **VALME** se limitó al diligenciamiento de formatos, que en ningún caso determinaban la elegibilidad de la oferta. Afirma que dejó de colaborarle a **VALME** en la elaboración de su oferta, debido a que esa sociedad no le estaba pagando. Por lo anterior, cuando se le presentó la oportunidad de representar a **H&F**, decidió dejar sus labores en **VALME**, y usar los formatos que había diligenciado para la elaboración de la oferta de esa sociedad en la propuesta de **H&F**; pero nunca conoció ni usó la oferta económica de **VALME**.
- Que la coincidencia de domicilios que se encontró entre las ofertas de **VALME** y **H&F**, se debe a que en esa dirección queda un apartamento con dos oficinas, las cuales sólo comparten la entrada principal y los servicios. Por ello, y atendiendo a que **VALME** tiene una de esas oficinas arrendada y la otra fue arrendada por **DIEGO DORADO RODRIGUEZ**, Representante Legal de **H&F**, la dirección de los dos proponentes es la misma.
- Que atendiendo a lo anterior, y a una petición de **DIEGO DORADO RODRIGUEZ** a **VALME**, él y **VALME** compartían el uso de la línea telefónica adquirida por el entonces Representante Legal de esa sociedad, lo cual

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 12

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

explicaría la identidad en los números telefónicos presentados en las propuestas.

- Que la confusión que se presentó respecto a las direcciones de correo electrónico expuestas en las propuestas se generó por el uso de los formatos que él mismo creó para **VALME** en la propuesta de **H&F**.
- Que no existe atipicidad en la oferta económica de **H&F**, ya que su valor bajo tiene explicación lógica. Debido a que la propuesta fue elaborada y entregada con tan poco tiempo para el cierre del proceso, no se pudo ajustar a unos valores más competitivos (ceranos al presupuesto oficial), sino que simplemente se alcanzó a verificar que los valores ofertados estuviera dentro de los límites del pliego de condiciones para su validez (i.e. 90% y 100% del presupuesto oficial).
- Que nadie se vio afectado con su conducta, ya que los pliegos de condiciones admitían la presentación de ofertas de hasta el 90% del presupuesto oficial, margen que fue respetado por la propuesta de **H&F**. Todo lo contrario, la administración tuvo la posibilidad de seleccionar un contratista que, además de cumplir con los requisitos, presentó una oferta económica más barata. Adicionalmente, cada proponente tiene la libertad de definir el margen de utilidad que esperaba recibir del contrato. No puede juzgársele por establecer una oferta cercana al límite inferior admisible. Por último, menciona que el desistimiento del denunciante del caso originario demuestra que el efecto de la conducta fue nulo.
- Que las coincidencias en las pólizas de garantía de seriedad de las ofertas presentadas por **VALME** y **H&F** radican en una decisión autónoma de la aseguradora, quien es la que asigna los datos a las mismas, y al uso del mismo mensajero para la solicitud y pago de las pólizas.
- Que la existencia de acreditación de maquinaria cruzada se debe a que **HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES** (miembro de **H&F**) certificó la maquinaria a **VALME** cuando todavía no existía **H&F**, ni existía intención de crearlo. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el pliego de condiciones exigía que no se certificara maquinaria por la misma persona para dos proponentes, cuando **H&F** decisión presentarse tuvo que solicitar a **VALME** que le certificara la maquinaria que exigía el pliego. **H&F** no sabía si **VALME** competiría con ellos en el proceso y al no ser empleado de esa sociedad, no pudo sustraer la certificación que **HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES** hizo a esa sociedad con anterioridad.
- Que por ser el consorcio una figura jurídica que no representa una persona diferente de sus consorciados, y por ende no tener personería jurídica, no es posible sancionar a su representante legal, ya que éste solo representa una sociedad de hecho.

En conclusión, afirma que simplemente cometió tres errores de buena fe al: (i) usar los mismos formatos que había elaborado cuando ayudo a hacer la oferta de **VALME**, sin percatarse de cambiar los datos en la oferta de **H&F**; (ii) usar el mismo mensajero que **VALME** para solicitar la expedición y pagar la póliza de garantía de seriedad de la oferta, y (iii) no haber revisado los precios ofrecidos para darse cuenta que eran muy bajos.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 13

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

SEXTO: Que conforme el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 26 de agosto de 2015 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, el cual recomendó sancionar al investigado por incurrir en la responsabilidad establecida numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SÉPTIMO: Que Habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones por infracciones al régimen de libre competencia, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

7.1. Competencia funcional

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la **SIC**, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad: *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011³², señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."*

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que: *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la **SIC** es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido: *"[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal"*.

Finalmente, conforme lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 12 del artículo 3 *ibídem*, y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen.

³² Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

7.2. Marco normativo

Con la Resolución No. 17676 de 2014, la Delegatura abrió una investigación y formuló pliego de cargos a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, en su calidad de Representante Legal de **H&F**, por haber presuntamente incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, con relación a las conductas sancionadas a **H&F** a través de la Resolución No. 40875 de 2013, confirmada mediante la Resolución No. 64842 de 2013.

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

“ARTICULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

PARÁGRAFO. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.

(...).”

Así las cosas, y en concordancia con el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011³³, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer a cualquier

³³ **“ARTÍCULO 3. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO.** Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 15

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, multas hasta por un equivalente a dos mil (2.000) SMLMV al momento de la imposición de la sanción.

En atención a la norma, los verbos rectores se limitan a colaborar, tolerar, autorizar, ejecutar o facilitar conductas anticompetitivas. En este sentido, el origen de la sanción puede generarse tanto en un hecho positivo (i.e. acción), como en un hecho negativo (i.e. omisión). Así, se castiga la colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de la conducta restrictiva de la competencia que adelanta un agente en el mercado; o para el caso particular, un proponente dentro de un proceso de selección.

Este reproche se genera con independencia de que la conducta desplegada por el sancionado haya sido colaborar, tolerar, autorizar, ejecutar o facilitar la práctica anticompetitiva adelantada por el agente del mercado. Lo que varía, dependiendo de la acción ejecutada y la injerencia efectiva de esa acción u omisión en la comisión de la práctica anticompetitiva, es la graduación de la multa a imponerse.

Atendiendo a que el sentido de las palabras contenidas en la ley debe ser el de su uso general o significado natural y obvio³⁴, los distintos verbos rectores deben entenderse desde su aproximación literal. Por ende, se puede apoyar la interpretación de los verbos rectores en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. A saber:

- Colaborar significa *“trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”*. Es posible deducir que una conducta colaborativa implica un trabajo conjunto de varios sujetos con una misma finalidad en un determinado proyecto o labor;
- Facilitar significa *“hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”*. Lo anterior significa que el sujeto facilitador proporciona un cierto tipo de ayuda que, por su naturaleza, hace más cómoda o posible la realización de una determinada conducta o acción;
- Autorizar significa *“dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo”*. Esta definición conlleva el otorgamiento de una potestad o permiso para la realización de una determinada acción;
- Ejecutar significa *“poner por obra algo”*. La anterior definición consiste en que quien ejecuta es el sujeto activo de una acción que transforma la realidad material en un contexto específico. Así, la ejecución de la conducta se puede traducir en la realización o puesta en práctica de una determinada actividad o tarea; y,
- Tolerar significa *“permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente”*. Así, el sujeto activo que tolera, está incurso en una conducta omisiva al condescender en el acaecimiento de un comportamiento calificado

12. *Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.”*

³⁴ Artículo 28 de la Ley 57 de 1887: *“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 éstas su significado legal”*.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 16

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

como ilegal, lo cual implica la aquiescencia o el beneplácito, por vía pasiva, respecto de tal comportamiento.

7.3. El caso concreto.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura en el sentido de sancionar a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** por haber incurrido en la responsabilidad definida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Para esta decisión, el Despacho del Superintendente de Industria y comercio examinará los argumentos presentados por el investigado y las pruebas obrantes en el expediente frente a la conducta presuntamente ilegal.

7.3.1. Argumentos de DIEGO DORADO RODRÍGUEZ

Los argumentos presentados por **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** frente al informe motivado de la Delegatura no logran demostrar la ausencia de su responsabilidad frente a la conducta colusoria de H&F, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

7.3.1.1. Sobre la notificación de la Resolución de Apertura

El investigado argumenta que los descargos presentados frente a la Resolución de apertura de investigación no fueron presentados de forma extemporánea como afirma la Delegatura. No obstante lo anterior, este Despacho encuentra que no le asiste razón al investigado por las siguientes razones:

La notificación de la apertura de investigación y formulación de cargos se llevó a cabo por medio de aviso remitido a la dirección de correo electrónico de **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, didoro@hotmail.com, el día 11 de junio de 2014, tal como consta en la certificación de acuse de recibo emitida por CERTIMAIL de 4/72³⁵.

Es de mencionar que el procedimiento de notificaciones para este tipo de trámites se encuentra claramente descrito en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, en los siguientes términos:

*“**Artículo 23. Notificaciones y Comunicaciones.** Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente.*

Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la Superintendencia de

³⁵ Folio 2506 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 17

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

Industria y Comercio por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán a la dirección que para estos propósitos suministre el investigado o apoderado y, en ausencia de ella, a la dirección física o de correo electrónico que aparezca en el registro mercantil del investigado.

*Las notificaciones electrónicas estarán sujetas a las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”
(Subrayado y negrilla fuera del texto)*

Así las cosas, el primer paso para la notificación de esa Resolución es la remisión de una citación para que el investigado se acerque a la **SIC** para notificarse personalmente, tal como se hizo a través del oficio radicado con el No. 13-179600-5 del 19 de marzo de 2014. Al no haberse podido entregar dicha comunicación, la **SIC** remitió un segundo oficio de citación con el radicado No. 13-179600-10, del 8 de abril de 2014, el cual fue efectivamente entregado en el domicilio del investigado.

Una vez transcurridos los 5 días desde el envío de dicha citación sin que **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** se presentara para notificarse personalmente, la **SIC** remitió el aviso de notificación a la dirección del investigado en Arauca, la cual no pudo ser entregada. En consecuencia, y atendiendo a la norma transcrita, la **SIC** envió el aviso de notificación al correo electrónico del investigado, tal como quedó certificado por la Entidad competente.

Así las cosas, pasados los 20 días hábiles que tiene el investigado para presentar descargos y pruebas dentro del trámite (9 de julio de 2014), los documentos que argumenta **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** haber remitido a la **SIC** el 12 de julio –que no lo fueron según se verificó por esta Superintendencia-³⁶, de cualquier manera eran extemporáneos.

Por lo anterior, no existe ninguna irregularidad procesal con virtualidad de generar una nulidad por indebida notificación o vulneración del derecho de defensa.

7.3.1.2. *Sobre la inexistencia de colusión*

DIEGO DORADO RODRÍGUEZ no ha aportado argumentos o pruebas diferentes a las ya existentes en el expediente No. 10-164566 para desvirtuar la existencia de la colusión entre **H&F** y **VALME**. Por este motivo, no es viable que la **SIC** modifique las consideraciones y conclusiones a las que llegó a través de la Resolución No. 40875 de 2013 sobre la ocurrencia de dicha infracción.

Los indicios encontrados por la **SIC** sobre la existencia de la colusión fueron los siguientes:

“Indicios sobre relaciones pre existentes entre los investigados

³⁶ Folio 2548 y 2550 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 18

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

- Estrecha relación entre los integrantes del CONSORCIO H&F y VALME LTDA. Evidenciada en: (i) la participación previa de HÉCTOR EDUARDO RÍOS y VALME LTDA. en el CONSORCIO CONSTRUCCIONES DE ORIENTE; y (ii) el hecho que el representante legal del CONSORCIO CONSTRUCCIONES DE ORIENTE posteriormente fue el representante legal del CONSORCIO H&F.
- Estrecha relación entre DIEGO DORADO RODRÍGUEZ (representante legal del CONSORCIO H&F) y VALME LTDA. Evidenciada en que: (i) DIEGO DORADO RODRÍGUEZ ha sido representante legal de consorcios integrados por VALME LTDA.; (ii) según los investigados, DIEGO DORADO RODRÍGUEZ comparte lugar de habitación y oficina con VALME LTDA.; y (iii) DIEGO DORADO RODRÍGUEZ es actualmente el representante legal de VALME LTDA.
- Los investigados han participado juntos en procesos de selección anteriores.
- DIEGO DORADO RODRÍGUEZ (representante legal del CONSORCIO H&F) conoció a HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES en Popayán, durante todos los años que cursó la carrera de Ingeniería Civil.

Indicios relacionados con que las propuestas de los investigados fueron elaboradas por la misma persona o en conjunto por los investigados

- DIEGO DORADO RODRÍGUEZ, representante legal del CONSORCIO H&F, afirmó haber “ayudado” a elaborar la propuesta de VALME LTDA.
- Decisión súbita de DIEGO DORADO RODRÍGUEZ de conformar un consorcio para presentar una propuesta dentro del proceso de selección para el cual ya estaba elaborando la propuesta de VALME LTDA.
- El representante legal del CONSORCIO H&F elaboró la propuesta con conocimiento previo de la información de la propuesta de VALME LTDA.
- Los documentos aportados por los investigados al proceso de selección presentan coincidencias notorias en (i) diseño; (ii) utilización del formato sugerido por la entidad contratante; (iii) estilo y tamaño de letra; (iv) membretes de las cartas; (v) palabras y frases particulares utilizadas; (vi) utilización de negrilla, espacios y justificación en los documentos.
- En la Carta de Manifestación de Interés presentada por VALME LTDA. se indica la dirección de correo electrónico del representante legal del CONSORCIO H&F como dato de contacto.
- En el Acta de Conformación del CONSORCIO H&F se indica la dirección de correo electrónico del representante legal VALME LTDA. como dato de contacto.
- Las Cartas de Presentación de la Oferta de los investigados presentan el mismo error en el aparte en que se deben relacionar los adendos.
- Los números de teléfono fijo, celular y fax y las direcciones de VALME LTDA. y el CONSORCIO H&F coinciden en un gran número de los documentos que presentaron dentro del proceso de selección.
- Los números del membrete y de recibo de caja de las Pólizas de Garantía de Seriedad presentadas por los investigados son consecutivos.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 19

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

- *Las Pólizas de Garantía de Seriedad fueron expedidas el mismo día a través de la misma aseguradora e intermediario, y contienen el mismo número telefónico y dirección.*
- *Los documentos presentados por los demás proponentes no presentan ninguna coincidencia ni errores comunes.*

Indicios del acuerdo colusorio

- *Los integrantes del CONSORCIO H&F y VALME LTDA. conocían de antemano que cada uno se presentaría al proceso de selección. Evidenciado en que previo a la presentación de las propuestas, el CONSORCIO H&F y VALME LTDA. se expidieron mutuamente certificados de disponibilidad de equipo para ser utilizados en el proceso de selección abreviada de menor cuantía SA-03-06-2010.*
- *El CONSORCIO H&F presentó una propuesta inesperadamente baja, pues según el modelo económico, se permite que los licitantes sean capaces de presentar un precio alto sin estar restringidos por sus niveles de costos.*
- *La propuesta del CONSORCIO H&F es contraria al modelo económico en un escenario en competencia, según el cual los licitantes querrán ganar el contrato con el mayor precio posible para de esta forma conseguir maximizar sus beneficios.*
- *Las propuestas de los agentes no coludidos fueron por un precio igual al presupuesto oficial, de conformidad a los resultados del modelo económico desarrollado por el Despacho, según el cual el único equilibrio estratégico posible dadas las normas de valoración de las ofertas económicas es que las empresas licitantes oferten un precio igual al presupuesto oficial.*
- *La propuesta baja del CONSORCIO H&F no es lógica, pues no existen incentivos a recortar el precio por debajo del presupuesto oficial cuando el resto de licitantes están ofertando el precio máximo al mismo tiempo.*
- *La propuesta del CONSORCIO H&F le otorgó la victoria a VALME LTDA. Sin ella VALME LTDA. no hubiera podido ganar el proceso de selección.*
- *De acuerdo con afirmaciones de los integrantes del CONSORCIO H&F en las observaciones al Informe Motivado, DIEGO DORADO RODRÍGUEZ ofreció pagarles un porcentaje de la utilidad generada por la ejecución del contrato como contraprestación por conformar el consorcio y presentar la propuesta.*
- *DIEGO DORADO RODRÍGUEZ afirma que el precio de la propuesta del CONSORCIO H&F es el resultado de un análisis de precios unitarios, que arrojó un valor a ofertar bajo. Sin embargo, en su análisis no incluyó el valor de la contraprestación que debía pagar a los integrantes del consorcio por aceptar conformar el consorcio y presentar la propuesta.³⁷*

Estos indicios, fácticos y económicos, se mantiene incólumes para acreditar la existencia de la colusión entre **VALME** y **H&F** en el proceso bajo estudio. Para este

³⁷ Folios 32 y 33 de la Carpeta Publica No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 20

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

Despacho los argumentos de **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** respecto a su enfermedad y falta de tiempo y atención para justificar las coincidencias halladas entre las propuestas, sólo reflejan un intento fallido de demostrar, con argumentos débiles, la inexistencia de la colusión. La cantidad de indicios y pruebas que llevan a concluir que existió la colusión son de tal entidad, que los errores reiterativos argumentados para justificar la posturas irracionales en un escenario de competencia no pueden ser de recibo.

Se pregunta entonces el Despacho, ¿Cuál era la idea de **H&F** de participar en un proceso a última hora si no iba a tener tiempo de confeccionar una propuesta competitiva? ¿Cuál era la verdadera intención de **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** a la hora de presentar la propuesta de **H&F**, si no había tenido el tiempo de elaborarla competitivamente? La respuesta a estos interrogantes es la misma: beneficiar la propuesta de **VALME** para que terminara adjudicataria del contrato, como efectivamente ocurrió.

Se debe reconocer que las relaciones pre-existentes entre oferentes partícipes en un proceso de selección contractual no pueden ser consideradas como prueba de la existencia de una colusión entre ellos. Sin embargo, las participaciones conjuntas de los proponentes sancionados en procesos anteriores, así como el hecho de compartir una misma oficina, una misma línea de teléfono, el uso del mismo mensajero, intermediario y aseguradora para la consecución de la póliza de garantía de seriedad de la oferta y compartir el pago de los servicios públicos, generan serias dudas de la independencia de los proponentes. Las anteriores coincidencias y relaciones implican que estos oferentes no eran ajenos ni desconocidos al momento de su participación en el proceso en mención y que, en consecuencia, podrían haber coordinado un acuerdo colusorio entre ellos, tal como se logra deducir del total de evidencias e indicios encontrados. Esto además de todas las coincidencias documentales y económicas encontradas a lo largo del proceso que culminó en la declaración de la existencia de una colusión.

Hay que agregar que con posterioridad a la adjudicación del contrato a **VALME**, en virtud de la posición que logró su oferta económica gracias a la oferta atípicamente baja de **H&F**, el representante de **H&F**, **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** fue nombrado representante legal de **VALME**.

Adicionalmente, en el curso del proceso **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** reconoció que participó inicialmente en la elaboración de la oferta de **VALME** y confeccionó íntegramente la oferta de **H&F**, con lo cual está probado que participó en la elaboración de las ofertas entre supuestos competidores.

Tampoco comparte este Despacho los argumentos de **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** respecto a la presunta racionalidad de la oferta económica presentada por **H&F**. Tal como quedó demostrado en el estudio económico realizado por la **SIC** en la Resolución No. 40875 de 2013³⁸, la lógica en competencia indicaba la necesidad de presentar ofertas altas para estar lo suficientemente cerca de la media aritmética que se generaba con las ofertas presentadas y el presupuesto oficial. Por ende, la única explicación para presentar una oferta baja, era bajar la media aritmética para que una segunda oferta, más baja que las ofertas en competencia (como fue el caso de **VALME**), lograra la adjudicación.

³⁸ Folios 25 a 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 21

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

Contrario a lo afirmado por **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, una oferta muy baja no generaba ningún beneficio para la administración, ya que está obligada al mecanismo que eligió y no podría escoger esa oferta por menor valor como adjudicataria. Las condiciones fijadas en el pliego del proceso definían un mecanismo de adjudicación por media aritmética, la cual en ningún escenario permite la selección de la oferta más económica.

Por otra parte, tampoco son de recibo los argumentos presentados por **DIEGO DORADO RODRIGUEZ** frente a la supuesta ausencia de daño. Cuando dos o más proponentes se presentan en un proceso de selección en colusión afectan a la entidad contratante que planea la adquisición de los bienes y servicios que requiere a precios, cantidades y calidades que el mercado en competencia ofrece.

Al respecto, esta Superintendencia ha expresado:

“[N]o es objetiva la selección del contratista cuando se restringe indebidamente la competencia, pues la elección va a realizarse en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes participantes no van a rivalizar y la Entidad contratante escogerá la propuesta que artificialmente se construyó para ella y no aquella que el libre mercado le ofrece”³⁹.

Adicional a lo anterior, la colusión en un proceso de selección contractual también afecta a los proponentes que sí se presentan en franca lid. La asimetría en la información que beneficia a los proponentes en colusión les da una ventaja competitiva ilegal para lograr la adjudicación, pues ya no estarán compitiendo con el conocimiento limitado de su información independiente (como si lo hacen sus demás competidores), sino que compiten con el conocimiento conjunto de dos proponentes, pudiendo definir estrategias colusorias para impactar los mecanismos de selección a favor de ellos.

En cuanto a las justificaciones expuestas por el investigado para restarle valor al hecho de que los proponentes **VALME** y **H&F** se acreditaron mutuamente la maquinaria requerida en el pliego de condiciones, este Despacho rechaza la naturalidad con la que **DIEGO DORADO RODRIGUEZ** manifiesta que se colaboraron entre ellos. Este cruce de acreditaciones es sólo un ejemplo más de la gran cantidad de indicios que reflejan la existencia de un acuerdo colusorio. Independientemente de lo anterior, si tomáramos por ciertas las afirmaciones de **DIEGO DORADO RODRIGUEZ** sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se presentó dicha colaboración, se genera un indicio adicional sobre el actuar mancomunado de los dos proponentes sancionados, pues sabiendo que era un requisito necesario para participar, y teniendo ya **VALME** su oferta completa, no habría motivo alguno para que ese proponente ayudara a otro para que se pudiera presentar y competir, a no ser que lo necesitara en la contienda.

Por todo lo expuesto, en respaldo de las consideraciones ya adoptadas mediante la Resolución No. 40875 de 2013, no encuentra este Despacho argumentos para modificar su decisión respecto a la existencia de una colusión entre **VALME** y **H&F** en el trámite de la Subasta Inversa No. SA-03-06-2010 adelantada por la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA**.

³⁹ SIC, Resolución No. 83037 del 259 de diciembre de 2014.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 22

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

7.3.1.3. Sobre figura del representante legal de un consorcio

Esta Superintendencia no acoge las afirmaciones de **DIEGO DORADO RODRIGUEZ** respecto a que la responsabilidad de los consorcios está en cabeza, exclusivamente, de sus miembros y no su representante legal.

Como se expresó en apartes anteriores de la presente Resolución, la facultad sancionatoria de la **SIC** por prácticas restrictivas de la competencia se extiende no sólo a los agentes de mercados responsables de las mismas, sino a cualquier persona que tolere, facilite, ejecute, autorice o colabore con la comisión de las conductas prohibidas. En este sentido, no sólo es procedente sancionar a un representante legal, independientemente de la naturaleza de la entidad que representa, sino que su posición de representación, decisión y confianza lo convierte en la primera persona llamada a responder por lo actos que ejecuta en cabeza de su representada.

En cuanto a los consorcios, los cuales se crean para competir en los diferentes procesos de selección, es claro que actúan a través de personas jurídicas o naturales, las cuales son las encargadas de traducir al mundo jurídico los actos que le son atribuidos a esos vehículos de participación plural; de allí que la normatividad haya previsto la capacidad de sancionar también a estas personas.

Sobre el particular, esta Superintendencia ha manifestado lo siguiente:

“Teniendo en cuenta la posibilidad que existe en los mercados de crear personas jurídicas como vehículos comerciales que reciben la responsabilidad de las conductas que sus representantes, directivos, empleados o en general cualquier persona vinculada, las normas sobre protección de la competencia previeron la posibilidad de sancionar no sólo al vehículo comercial infractor, sino a aquellas personas que, ejecutan, colaboran, toleran, facilitan o autorizan la conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia.”⁴⁰

Ahora bien, no se puede olvidar que los integrantes del consorcio materializaron su voluntad de autorizar a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** para que los representara, y adelantara todas las actuaciones necesarias tendientes a obtener la adjudicación del contrato con la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA**, a través del Acta de Conformación del consorcio, cuando manifestaron lo siguiente:

*“5. El representante legal del Consorcio es **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, identificado con C.C. No. 76.335.754 de Bolívar (Cauca), quien está expresamente facultado para firmar, presentar la propuesta y, en caso de salir favorecidos con la adjudicación del contrato, firmarlo y tomar todas las determinaciones que fueren necesarias respecto de su ejecución y liquidación, con amplias y suficientes facultades.”⁴¹*

En este sentido, era **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** el llamado a actuar en representación de los miembros de **H&F**, función que él mismo reconoce haber adelantado directa y completamente. Esta situación lo ubica dentro de esas personas con capacidad de autorizar, ejecutar, tolerar, colaborar o facilitar la comisión de la conducta colusoria que le fue sancionada a **COLOMBIA VIVA** y **HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES** (miembros consorciados de **H&F**) y por ende, sujeto pasivo de las

⁴⁰ **SIC**, Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014.

⁴¹ Acta de conformación de **H&F**, obrante a folios 226 y 227 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

sanciones que la Ley autoriza impartir en virtud del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

7.3.2. Responsabilidad de DIEGO DORADO RODRÍGUEZ

Como se mencionó anteriormente, según el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁴², en concordancia con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009⁴³, es función de esta Superintendencia imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, multas hasta por un equivalente a dos mil salarios mínimos legales mensuales (2.000 SMLMV) al momento de la imposición de la sanción.

Teniendo en cuenta la posibilidad que tienen los comerciantes de actuar en los mercados a través de la creación de personas jurídicas y otras formas de asociación, las actuaciones de sus representantes, directivos, empleados, o en general cualquier persona vinculada a ellas, convierte a estas personas en sujetos sancionables en la medida en que ejecuten, colaboren, toleren, faciliten o autoricen la conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia.

La responsabilidad personal a que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, emana de un comportamiento (acción u omisión) frente a la conducta ejecutada por el agente de mercado que directamente comete la infracción (en este caso H&F).

En esta medida, la responsabilidad de una persona que coadyuve a la comisión de una práctica restrictiva, se desprende directamente de su actuar (vía acción u omisión), y no de la naturaleza de su cargo o vinculación con el agente de mercado sancionado. Esto quiere decir que la pertenencia o afiliación de una persona a una empresa, en calidad de representante legal, miembro de junta directiva y, en general, de administrador, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva.

Una vez clara la infracción al régimen por parte del agente del mercado, solo se podrá sancionar a la persona que realizó una conducta encaminada a que el agente de mercado cometiera la infracción, o que pudiendo, o debiendo hacerlo, omitió adoptar medidas para evitar su realización o duración de los efectos.

Es de aclarar que no es necesario que la persona esté directamente vinculada al agente de mercado infractor, pues el dinamismo de los mercados y las múltiples figuras jurídicas y de hecho han demostrado que la capacidad de influenciar la comisión de

⁴² **“ARTÍCULO 3. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO.** Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio: (...)”

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.(...)”

⁴³ **“ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES.** (...) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio (...).”

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 24

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

prácticas restrictivas de la competencia de un agente del mercado no se agota con la vinculación directa o formal de la persona con él, sino a su efectiva participación e influenciación en la conducta.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho determinó que **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 de Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber realizado conductas encaminadas a que la infracción al régimen de competencia por parte de **H&F** se cometiera, y por haber adoptado una actitud pasiva habiendo estado en posición de evitarla.

No son pocas las evidencias que llevan a la anterior conclusión. **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** reconoció en muchos escenarios (i.e. declaración juramentada, audiencia ordenada por el Decreto 19 de 2012 y observaciones al informe motivado) su colaboración parcial con **VALME** para la elaboración de su oferta, y su completa participación en la oferta de **H&F**. Baste citar nuevamente algunos apartes de la declaración juramentada y la audiencia del 019 para verificar esto:

*"Estos formatos se usaron teniendo en cuenta que yo los había ayudado hacer en la propuesta de **VALME**, (...) ellos me dieron una plata y como dejaron de pagar, y no me la pagaron, yo dejé de hacer esa propuesta (...) Empecé a amar la propuesta del **CONSORCIO H&F** cuando ya no trabajaba con **VALME**, y en cuanto a los formatos yo los utilicé por cuanto ellos no me pagaron, prácticamente eran de mi pertenencia intelectual, entonces yo no le ví problema en utilizarlos".⁴⁴*

Estas y otras manifestaciones tuyas (citadas en el informe motivado y no desvirtuadas por el investigado) no dejan duda de su participación directa en la conducta colusoria.

En consecuencia, se sancionará a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** por haber ejecutado la conducta colusiva sancionada a los miembros de **H&F**, actuar que incluye no sólo la ejecución de los actos materiales que llevaron al perfeccionamiento de la colusión, sino la tolerancia, facilitación y colaboración correlativa de debe acompañar ese actuar respecto de la participación en la colusión por parte de las personas ya sancionadas mediante la Resolución No. 40875 de 2013, confirmada mediante la Resolución No. 64842 de 2013.

En cuanto a la dosificación de la multa, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala que se deberán tener en cuenta los siguientes criterios: (i) la persistencia en la conducta infractora; (ii) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (iii) la reiteración de la conducta prohibida; (iv) la conducta procesal del investigado; y (v) el grado de participación de la persona implicada.

Frente a la persistencia de la conducta infractora, es importante aclarar que la misma va desde el momento mismo de la confección de las ofertas hasta la ejecución del mismo contrato obtenido en condiciones anticompetitivas. En el presente acto administrativo la conducta nunca se interrumpió, pues no existió ningún acto o hecho que haya evitado o detenido el curso de la práctica restrictiva sancionada.

Respecto al impacto de la conducta en el mercado, debe resaltarse que la colusión logró el efecto esperado, es decir, la adjudicación del contrato en favor de **VALME**. Con ello se excluyó a los demás competidores por el mercado de la oportunidad de hacerse

⁴⁴ Folio 2636 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 25

"Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

con el contrato, en condiciones simétricas de competencia. No obstante, este Despacho tendrá en cuenta para efectos de la imposición de la sanción el monto del contrato adjudicado a **VALME**.

Por no existir antecedentes de sanciones sobre la materia en cabeza de **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, no se agravará en ninguna medida la sanción a imponer por concepto de reiteración de la conducta prohibida.

Así mismo, se tendrá en cuenta que a lo largo del trámite administrativo, **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** desplegó una conducta procesal adecuada, respetuosa y no dilatoria, lo cual se verá reflejado en la sanción a imponer.

Por último, se tendrá en cuenta que la conducta sancionada a **H&F** fue ejecutada directamente por **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ** y el valor de su patrimonio líquido e ingresos netos consignados en su declaración de renta para el año 2013.⁴⁵

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7'635.754, actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, con relación de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al ejecutar la conducta anticompetitiva del **CONSORCIO H&F** (sancionada mediante Resolución No. 40875 de 2013, confirmada mediante la Resolución No. 64842 de 2013), en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** una multa a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7'635.754, por valor de **VEINTE MILLONES SEISCIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$20'619.200)** equivalente a **TREINTA Y DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (32 SMMLV)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

⁴⁵ Folios 2608 y 2632 del Cuaderno Reservado No. 1

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 6 2 DE 2015 Hoja No. 26

“Por la cual se impone una sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Radicado: 13-179600

VERSIÓN ÚNICA

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, informan que:*

*Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, por actuar en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, dentro del trámite de Subasta Inversa No. SA-03-06-2010 adelantado por la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA***

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009.”

PARÁGRAFO: La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación regional y remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia, dentro de los siguientes diez (10) días desde la fecha de la publicación.

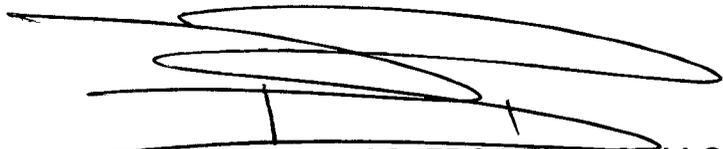
ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **DIEGO DORADO RODRÍGUEZ**, entregándole copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO SEXTO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **27 AGO 2015**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Luis Alberto Castell Borrero
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICAR:

DIEGO DORADO RODRÍGUEZ
C.C. 7'635.754
Correo electrónico: didoro@hotmail.com
Arauca – Arauca