

SANCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Por un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia / VALORACIÓN PROBATORIA – De dictamen pericial / DICTAMEN PERICIAL – Error grave / VALORACIÓN PROBATORIA – Modelo econométrico / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – No vulneración

La Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa encargada de velar por la protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia, debe valorar las pruebas aportadas en la actuación administrativa, de acuerdo con el conocimiento técnico que tiene, de tal manera que a partir de un ejercicio de valoración probatoria, formuló un “modelo econométrico” para apartarse de las conclusiones de la prueba pericial practicada durante la etapa de instrucción por la Delegatura para la Protección de la Competencia, por lo que, el mismo no puede considerarse como una nueva pericial; ii) La decisión sancionatoria se fundó en las pruebas oportunamente practicadas y decretadas dentro de la actuación administrativa, frente a las cuales, los demandantes tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y de contradicción; iii) Las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las conclusiones de la valoración probatoria efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercio a través del recurso de reposición, para lo cual, podían aportar elementos de prueba idóneos para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, al proponer el modelo de “argumentación econométrica” antes descrito; iv) El dictamen pericial decretado en primera instancia rendido por perito adolece de error grave, en tanto que versó sobre una materia u objeto diferente para el cual fue decretado, es decir, se refirió al ejercicio de simulación que efectuó la Superintendencia de Industria y Comercio en el auto de apertura y no al “modelo econométrico” que sustentó la decisión sancionatoria. v) El concepto técnico per se no es una prueba que goza de la fuerza persuasiva suficiente para desvirtuar el análisis efectuado por la Autoridad Nacional de la Competencia sobre la inexistencia de un acuerdo contrario a la libre competencia. vi) Los testimonios decretados en la primera instancia no desvirtúan el análisis probatorio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios.

SANCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Por un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia / VALORACIÓN PROBATORIA – De dictamen pericial / SISTEMA DE APRECIACIÓN O PERSUASIÓN RACIONAL EN MATERIA DE VALORACIÓN PROBATORIA / DICTAMEN PERICIAL – Análisis econométrico

Para la Sala, resulta claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de organismo técnico y especializado (artículo 1º del Decreto 2153 de 1992) cumple funciones relacionadas con la protección de la libre competencia, y en consecuencia, al momento de expedir el correspondiente acto administrativo sancionador, debe efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas dentro del procedimiento administrativo sancionador. Por ello, contrario a lo afirmado por los recurrentes, la Superintendencia de Industria y Comercio, al efectuar una “argumentación econométrica”, a través del cual se apartó de las conclusiones del peritaje practicado en la actuación administrativa, no creó un “nuevo dictamen pericial” sino que efectuó una valoración probatoria de la mencionada pericia, en su condición de organismo técnico que cuenta con los conocimientos especializados en esta materia. Al respecto, conviene precisar que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, recoge el sistema de apreciación o persuasión racional en materia de valoración probatoria.

SANCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Por un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia / BOLETÍN DE PRENSA – Publicación / INVESTIGACIONES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO O DISCIPLINARIO – No están sujetas a reserva bajo la ley 57 de 1985 / DERECHOS AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA – No vulneración

Los recurrentes insistieron en la afectación a la honra y buen nombre los cuales fueron desconocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio al publicar el boletín de 7 de diciembre de 2011, los cuales se encuentran reconocidos por diversos instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, pues la autoridad de la protección de la competencia expidió dicho comunicado de prensa, a pesar de que se encontraban pendientes de resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, pues la decisión aún no se encontraba ejecutoriada. [...] Ahora bien, analizado el contenido del mencionado comunicado, es posible colegir lo siguiente: (i) De conformidad con la normatividad vigente para la época en que se expidió el mencionado boletín, las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no estaban sujetas a reserva; (ii) La expedición del mencionado boletín se dio en ejercicio del derecho fundamental a informar como componente de la libertad de expresión; (iii) No es cierto que el ejercicio de la libertad de información a cargo de la autoridad de la competencia entró en tensión con los derechos fundamentales al buen nombre y la honra, pues el mencionado boletín no contiene informaciones falsas, ofensivas e inexactas en contra de los accionantes que comprometan la posible responsabilidad social de la Superintendencia de Industria y Comercio; (iv) La información consignada resulta clara, veraz e imparcial. Vale la pena reiterar que la misma decisión comunica que contra la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio procede el recurso de reposición. En consecuencia, por las razones anotadas, el cargo relacionado con la violación de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre no está llamado a prosperar.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA – Marco general / ACUERDOS COLUSORIOS EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS – Supuestos / COLUSIÓN - Clases

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, es necesario que (i) se trate de “acuerdos o convenios”, (ii) que el objeto de los mismos sea el de “limitación de la producción”, el “abastecimiento”, “distribución” o “consumo” en “materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros” o bien puede tratarse de “prácticas, procedimientos o sistemas” y, (iii) que la finalidad de los mismos sea la de limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos, esto es, que restrinjan la libertad de acceso a los mercados. A su vez, el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 prescribe que son acuerdos contrarios a la libre competencia los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos. [...] Para la configuración de la colusión en Colombia, de acuerdo con el mencionado enunciado normativo, es necesaria la concurrencia de los siguientes supuestos que definen la conducta anticompetitiva y contraria a la libre competencia: A) La existencia de un acuerdo entendido como “[...] todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” (numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992), lo que se traduce en la voluntad o consenso de las

partes de llevar una conducta contraria a la libre competencia. De conformidad con lo anterior, se tiene que existen cinco formas de acuerdo previstas por el legislador, a saber: i) el contrato; ii) convenio; iii) concertación; 4) práctica concertada y v) prácticas conscientemente paralelas. La segunda parte de la definición dada por la citada norma indica que requiere una pluralidad de empresas. B) Que el acuerdo tenga 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 los términos de las propuestas. Colusión, de acuerdo con su significado natural significa “Pacto ilícito en daño de un tercero”, de manera que lo que se castiga es el pacto para desfavorecer a un tercero. La doctrina ha señalado que de la citada norma es posible clasificar tres clases de colusión, como pasa a analizarse a continuación: Una primera modalidad, por distribución de adjudicación en contratos, [...] Una segunda modalidad, de distribución de concursos [...] Finalmente, una tercera modalidad de fijación de términos de las propuestas [...] C) Por último, se requiere que el acuerdo afecte la libre competencia.

FUENTE FORMAL: LEY 155 DE 1959 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTÍCULO 47 NUMERAL 9 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 187 / LEY 57 DE 1985 – ARTÍCULO 19

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00790-01

Actor: CONSTRUCTORA MP. S.A., M.L INGENIEROS S.A Y OTROS

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – SIC

Tema: LIBRE COMPETENCIA. ACUERDOS COLUSORIOS. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO NO DECRETÓ UN NUEVO EXAMEN PERICIAL Y REALIZÓ UNA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OPORTUNAMENTE DECRETADAS Y PRACTICADAS DURANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. LA PUBLICACIÓN EN EL BOLETÍN OFICIAL CON FINES INFORMATIVOS NO AFECTA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial de los demandantes en contra de la sentencia del 29 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda¹

I.1.1.- Las pretensiones

Las empresas **Constructora M.P. S.A., M.L Ingenieros S.A.**, y los señores **Jaime Alberto Marín Morales, Horacio Vega Cárdenas** y **Jorge Díaz Murcia**, por conducto de apoderado especial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA –, presentaron demanda ante esta jurisdicción con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

***[...] PRIMERA PRETENSIÓN:** Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 64400 del dieciséis de noviembre de 2011, “Por medio de la cual se impone unas sanciones”, proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio, con la cual se concluyó la actuación administrativa adelantada por esa entidad en contra de CONSTRUCTORA M.P. S.A. NIT 830.011.325-1, M.L. INGENIEROS S.A. NIT: 900.148.608-9 y las personas naturales JAIME ALBERTO MARÍN MORALES identificado con la cédula de ciudadanía número 5.577.128 de Barbosa Santander, HORACIO VEGA CARDENAS, identificado con cédula de ciudadanía número 91.209.970 de Bucaramanga y JORGE DÍAZ MURCIA, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.189.879 de Bogotá, por la infracción al artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.*

***SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 030 del cinco (5) de enero de 2012 “Por la cual se resuelven unos recursos de reposición” contra la Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la mismas (sic) actuación administrativa que dio lugar a la expedición de la Resolución cuya nulidad se invoca en la pretensión primera.*

***TERCERA PRETENSIÓN:** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la primera y segunda pretensión, se declare que los actores no se encontraban obligados a cancelar valor alguno por concepto de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en las Resoluciones cuya nulidad se demanda, y por ende, se orden (sic) el reintegro a favor de los demandantes, de la totalidad de las sumas de dinero pagadas en la forma como se detalla a continuación:*

[...]

¹ Folios 1 a 34 del cuaderno principal.

CUARTA PRETENSIÓN: *Que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a la indexación de las sumas de dinero solicitadas en la pretensión tercera, hasta la fecha de ejecutoria del fallo que conceda las pretensiones, conforme los (sic) dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.*

QUINTA PRETENSIÓN: *Que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio al pago de los intereses comerciales y/o moratorios a la máxima tasa legal permitida según los reportes que para tal efecto publique la Superintendencia Financiera de Colombia, liquidados sobre las sumas de dinero solicitadas en la pretensión tercera de esta demanda, desde la fecha de ejecutoria de la providencia que conceda las pretensiones y hasta la fecha en que efectivamente se paguen, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.*

SEXTA PRETENSIÓN: *Que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio al pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con los artículos 171 y 172 del Código Contencioso Administrativo”.*

I.1.2.- Los hechos que sustentan la demanda

Los hechos que sustentan la demanda son los siguientes:

I.1.2.1.- El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –en adelante FONADE–, en virtud del Convenio No. 196076 suscrito con el Instituto Nacional de Vías –en adelante INVIAS– adelantó en el año 2007, el proceso de licitación No. IPG-2027-196076 cuyo objeto consistió en contratar la: “[...] *reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de las vías del programa de infraestructura y desarrollo regional plan 2500, grupo a-1 Puerto López- Puerto Gaitán (k49+000 al k73+000), Grupo B Fuente de Oro – San José del Guaviare (k 109+250 al k115+540) y Grupo C turbo – Necoclí (k18+773 a k26+373).*

I.1.2.2.- Las empresas Constructora M.P. S.A y M.L Ingenieros S.A., conformaron el Consorcio Vial Colombiano, y a su vez, los señores Horacio Vega Cárdenas y Jorge Díaz Murcia, integraron el Consorcio Oriente, con el objeto de participar como proponentes en la licitación pública en el Grupo B, Fuente de Oro, San José del Guaviare (K 109+250 AL K115+540).

I.1.2.3.- El FONADE, el 3 de agosto de 2007, celebró la audiencia de cierre del proceso licitatorio, en el cual participaron los siguientes proponentes para el grupo B: el Consorcio Vial Colombiano, el Consorcio Oriente, Conconcreto S.A., la Unión

Temporal Construcción Vial y la sociedad Ingeniería de Vías S.A, empresas que resultaron habilitadas en la primera fase clasificatoria.

I.1.2.4.- El FONADE, el 24 de agosto de 2007, presentó el Informe de Evaluación Jurídico Técnico, mediante la cual se realizó la revisión de los documentos jurídicos y soportes técnicos, y que arrojó como resultado que las propuestas hábiles para continuar con la segunda fase de evaluación serían las presentadas por las empresas Ingeniería de Vías S.A., Consorcio Vial Colombiano, Consorcio Oriente y Conconcreto S.A.

I.1.2.5.- El FONADE, el 17 de septiembre de 2007, llevó a cabo la “*Audiencia Pública de presentación de informe final de evaluación jurídico- técnico, apertura de la propuesta económica y recomendación de la contratación*”, en la cual se realizó el sorteo entre los cinco (5) posibles métodos para la evaluación económica de las propuestas, resultando elegida la opción de media geométrica.

I.1.2.6.- El Grupo de Evaluación y Contratación de la precitada entidad recomendó, como resultado de la audiencia, que fuera aceptada la propuesta presentada por el Consorcio Vial Colombiano, el cual resultó adjudicatario del proceso licitatorio por presentar la propuesta económica más cercana por debajo de la media geométrica.

I.1.2.7.- El FONADE, mediante Oficio de 10 de octubre de 2007, puso en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio las observaciones hechas por Conconcreto S.A. al informe de evaluación, en relación con las coincidencias presentadas entre las propuestas de los Consorcios Vial Colombia S.A. y de Oriente, lo que dio lugar a la apertura de investigación con el fin de determinar si incurrieron en prácticas restrictivas de la libre competencia en contravención a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

I.1.2.8.- Dentro del procedimiento administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio se practicó un dictamen pericial rendido por el ingeniero Jaime Enrique Varela, el cual señaló, en síntesis, que la participación en una licitación por parte de los concursantes no era un fenómeno probabilístico, razón por la cual, la supuesta estrategia de colusión resultaba

imposible de probar con la afirmación de los valores presentados por los dos (2) consorcios.

I.1.2.9.- El día 13 de octubre de 2010 y en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, se celebró una audiencia de conciliación en la cual la empresa Concreto S.A. radicó un documento en el cual manifestó que desistía de la queja presentada en contra de los integrantes del Consorcio Vial Colombiano y del Consorcio Oriente y renunció a cualquier reclamación por vía administrativa o judicial por los hechos relacionados con la actuación administrativa.

I.1.2.10.- El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio emitió, dentro de la actuación administrativa, el respectivo informe motivado, mediante el cual recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a los investigados.

I.1.2.11.- La Superintendencia de Industria y Comercio, no obstante las observaciones hechas al mencionado informe por los investigados en el procedimiento administrativo, expidió la **Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011**², mediante la cual sancionó a los actores por contravenir lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

I.1.2.12.- El contenido del citado acto fue confirmado en su integridad por la **Resolución No. 030 de 5 de enero de 2012**³, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, al desatar los distintos recursos de reposición interpuestos en contra de la anterior decisión.

I.1.2.13.- La Superintendencia de Industria y Comercio, encontrándose pendiente de resolver los precitados recursos interpuestos en contra de la decisión sancionatoria, expidió el boletín de prensa de 7 de diciembre de 2011, mediante el cual informó sobre la sanción por colusión en contratación pública impuesta en contra de los demandantes, lo que desencadenó en una serie de noticias en todos los medios de comunicación.

² “Por medio de la cual se impone unas sanciones”.

³ “Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”.

I.1.3.- Fundamentos de derecho y concepto de la violación

I.1.3.1.- Las normas violadas

Los demandantes consideraron que los actos administrativos demandados quebrantaron los artículos 15, 21, 29 y 38 de la Constitución Política y, además, que fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder.

I.1.3.2.- El concepto de la violación

I.1.3.2.1.- Violación al debido proceso y desviación de poder

Explicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio se apartó, sin argumentos y razones contundentes, de las conclusiones del dictamen pericial rendido en el procedimiento administrativo sancionador, el cual demostraría la inexistencia de las prácticas restrictivas de la libre competencia.

En su lugar, la autoridad de la protección de la competencia implementó una nueva valoración técnica, es decir, un “*nuevo dictamen pericial*” que arrojó un resultado contrario a las conclusiones del perito sumado al hecho de que el mismo no fue parte del proceso de formación de los actos administrativos sancionatorios.

Alegaron que la nueva prueba pericial fue conocida por los investigados cuando se expidió la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, por lo que los accionantes no tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Por todo lo anterior, consideraron que la Superintendencia de Industria y Comercio, al apartarse de las conclusiones del dictamen pericial y emitir un nuevo dictamen pericial que no hizo parte del proceso de formación de los actos administrativos demandados, desconoció el debido proceso y el derecho de defensa e incurrió en falsa motivación.

Añadieron que el nuevo dictamen no acogió el procedimiento de simulación matemática llevado a cabo por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en su informe motivado sobre los hechos.

Consideraron que la afirmación hecha por el Superintendente de Industria y Comercio, según la cual *“[...] es posible estructurar un modelo cuyos resultados permiten establecer que la conducta colusoria de los investigados puede tener un respaldo o complementación matemática que les permitió asegurar la adjudicación del contrato, teniendo como origen una conducta colusoria”*, permite demostrar que la autoridad administrativa ya se había formado su propia convicción, independientemente de las conclusiones del dictamen que la misma entidad había decretado, practicado y sometido al derecho de contradicción, todo lo cual configura una desviación de poder.

I.1.3.2.2.- Vulneración al buen nombre y el derecho a la honra

Explicaron que el ente demandado expidió el boletín de prensa el 7 de diciembre de 2011, que llevó como título *“La Superintendencia de Industria y Comercio impone histórica sanción por colusión en contratación pública”*, no obstante que la decisión sancionatoria no se encontraba en firme, pues los recursos de reposición interpuestos en contra de la decisión sancionatoria aún no se habían resuelto, lo que, a juicio de los demandantes, constituye una clara evidencia de parcialidad y prejuzgamiento.

Para los accionantes, los recursos de reposición perdieron su esencia como instancia de contradicción y defensa *“[...] en la medida que las sanciones impuestas en la Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, ya habían sido materialmente confirmadas por todos los medios de comunicación de acuerdo a los boletines y comunicados de prensa publicados entre el 7 y el 14 de diciembre de 2011 [...]”*.

Adujeron que la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó la expresión *“cartel”* para referirse al comportamiento paralelo de los investigados como si se tratara de delincuentes que conspiraron secretamente para realizar actos ilegales, lo cual afectó sus derechos al buen nombre, la honra y dignidad.

Anotaron que el FONADE recibió la obra a satisfacción y sin objeción alguna por parte de la interventoría, según consta en las actas del proceso de contratación, hecho probado que no fue valorado por la Superintendencia de Industria y Comercio, con el argumento consistente en que, entre sus funciones, no se encontraba la relacionada con evaluar la calidad de las obras realizadas sino la de garantizar que en los mercados y licitaciones públicas exista libre competencia.

I.1.3.2.3.- Falsa motivación: inobservancia de los efectos de la conciliación y la comunicación del desistimiento y la falta del perjuicio causado por la conducta

Indicaron que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, se celebró la audiencia de conciliación el 13 de octubre de 2010, en la cual la sociedad Conconcreto S.A., en calidad de quejosa en el procedimiento administrativo sancionador, renunció a cualquier clase de reclamación administrativa o judicial por los hechos relacionados con la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, y posteriormente, presentó el desistimiento de la queja presentada en contra de los Consorcios Vial Colombiano y Oriente; no obstante ello, indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio decidió continuar con el procedimiento sancionatorio administrativo, por considerar que existía una *“afectación al mercado”*.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

La Superintendencia de Industria y Comercio, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, como se resume a continuación:

II.1.- De la presunta violación al debido proceso y desviación de poder

Explicó que las conclusiones formuladas en el informe motivado por parte del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia no son vinculantes, por lo que el Superintendente de Industria y Comercio puede adelantar su propio análisis jurídico, económico o fáctico, bien sea para revalidar la conclusión del informe motivado o apartarse de él.

⁴ Folios 381 a 438 del cuaderno principal.

Anotó que la autoridad de la protección de la competencia, al momento de adoptar una decisión sancionatoria debe valorar todas las pruebas que obran en la investigación administrativa y puede separarse de las conclusiones de un dictamen pericial, pues en su condición de organismo técnico cuenta con los conocimientos especializados en esta materia.

Fue en ese contexto que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que las conclusiones del perito no eran absolutas sino que permitían una argumentación contraria a través de demostraciones soportadas desde la teoría económica, la teoría de la probabilidad y las herramientas matemáticas.

Manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio llegó al convencimiento de la existencia de la práctica anticompetitiva a partir de una valoración en conjunto de las pruebas practicadas, tales como testimonios, declaración de parte, documentos y demás medios de prueba, por tal razón, no resulta acertada la afirmación de los accionantes cuando indican que la entidad demandada fundamentó su decisión a partir de pruebas indiciarias.

Puntualizó que, contrario a lo afirmado por los demandantes, la Superintendencia de Industria y Comercio no decretó la práctica de una prueba sino que se trató de un ejercicio de valoración probatoria que conduciría a que el ente administrativo se apartara de las conclusiones del dictamen pericial, y frente a tal ejercicio, los hoy demandantes sí tuvieron la oportunidad de controvertir la valoración técnica a través del recurso de reposición.

II.2.- De la presunta vulneración al buen nombre y el derecho a la honra

Sostuvo que la publicación en el boletín de prensa cumple una función de tipo informativo sobre la gestión de la Superintendencia de Industria y Comercio y la misma se erige como un mecanismo que permite al público conocer las conductas prohibidas y sancionadas por el régimen de la libre competencia.

Explicó que la expresión “*cartel*” es utilizada de manera técnica por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de las investigaciones que se adelantan en materia de prácticas restrictivas de la libre competencia cuando

existe un actuar coordinado entre dos o más agentes que participan en un mercado derivado de la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

Consideró que independientemente de que el FONADE hubiera recibido a satisfacción la obra que fue contratada o que la interventoría no haya efectuado reparo alguno respecto de la forma y calidad de la misma, esto no exoneraba a la Superintendencia de Industria y Comercio de su deber de velar por la protección del derecho a la libre competencia.

II.3.- Falsa motivación: de la inobservancia de los efectos de la conciliación y la comunicación del desistimiento

Subrayó que la audiencia de conciliación de que trata el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, busca que en los trámites que se adelanten por prácticas restrictivas de la libre competencia exista la posibilidad de que la parte que presentó la denuncia concilie sus intereses particulares, sin perjuicio de que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de entidad encargada de velar por la promoción y protección del derecho a la libre competencia en los mercados de conformidad con el artículo 333 de la Constitución Política, continúe adelantando la investigación administrativa correspondiente.

Sumado a lo anterior, anotó que si bien la sociedad Concreto S.A., radicó una comunicación ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual desistió de la queja presentada en contra de los Consorcios Vial Colombiano y del Oriente, tal manifestación no implica una extinción de la facultad sancionatoria a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que el cargo analizado no debía prosperar.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante providencia del 29 de agosto de 2013, negó las pretensiones de la demanda, previo análisis de los cargos de nulidad formulados por los actores, como se resume a continuación:

III.1.- El debido proceso y desviación de poder

⁵ Folios 725 a 746 del cuaderno principal.

La Sala de Decisión consideró que el análisis técnico realizado por el Superintendente de Industria y Comercio no tiene la naturaleza de un dictamen pericial, pues se trata de un ejercicio técnico para justificar las razones por las cuales se apartaba de las conclusiones de la experticia rendida por el perito Jaime Enrique Varela, resaltando que el citado ejercicio estuvo sustentado en distintos parámetros técnicos provenientes de las matemáticas, la probabilidad, la teoría económica y la econometría.

Subrayó que por tratarse de una serie de argumentos técnicos dirigidos a controvertir la tesis del peritaje no era necesario que se corriera traslado del mismo a los demandantes previamente a la adopción de la decisión sancionatoria, por lo que el recurso de reposición era el mecanismo adecuado para controvertir el análisis técnico realizado por la autoridad de la protección de la competencia.

Argumentó que la autoridad de la competencia podía apartarse de las conclusiones del mencionado peritaje, el cual estaba sujeto a la valoración en conjunto de los medios de prueba decretados y practicados en la actuación administrativa, así como de la argumentación contenida en el informe motivado, por ser este un acto de trámite que contiene tan solo una evaluación y calificación inicial de la conducta, el cual puede ser acogido por el superior funcional.

Cuestionó que las partes no aportaron elementos de juicio necesarios dirigidos a desvirtuar la validez del análisis técnico elaborado por el Superintendente de Industria y Comercio.

De otro lado, sostuvo que el concepto rendido por el experto penalista que fue aportado junto con la demanda, no podía ser valorado en tanto que el mismo contiene un enfoque penal desde la perspectiva del nuevo delito creado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, que no fue objeto de investigación por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Agregó que el dictamen pericial rendido dentro del proceso judicial carecía de valor probatorio para desvirtuar el análisis técnico realizado por el Superintendente de Industria y Comercio, pues *"[...] sus conclusiones están centradas en los criterios expuestos por la delegatura para la competencia en el acto de apertura y el informe motivado, sin que haya incluido el análisis de los*

aspectos correspondientes al método técnico y especializado aplicado por el superintendente de industria y comercio para demostrar la ocurrencia de la práctica restrictiva y justificar la sanción”.

Por las razones anotadas, concluyó que el cargo no estaba llamado a prosperar.

III.2.- La vulneración al buen nombre y el derecho a la honra

Aseveró que si bien la Superintendencia de Industria y Comercio expidió el 7 de diciembre de 2011, un boletín de prensa a través del cual reveló la imposición de la sanción de colusión en contra de los demandantes, a pesar de que no se encontraba ejecutoriada la sanción porque estaban pendientes de resolverse los recursos de reposición interpuestos por los actores en contra de esa decisión, ello no significa prejuzgamiento ni falta de imparcialidad de la entidad respecto de la conducta de los accionantes.

Por el contrario, aseguró que la revelación de la noticia forma parte del ejercicio válido del derecho a la información que tiene el organismo sobre los asuntos que conoce como regulador de la actividad industrial y comercial. Desde esta óptica, indicó que el boletín tiene un propósito meramente informativo para el público en general sobre el resultado de una investigación administrativa que carece de reserva y que puede ser conocida por cualquier persona.

Afirmó que el uso de la palabra “*cartel*” ligada al campo de la economía, está referida al acuerdo entre los actores dentro del proceso licitatorio para aspirar a ser favorecidos por la adjudicación de la obra, por lo que el uso de dicha expresión no afecta la honra ni el buen nombre de los actores.

III.3.- Falsa motivación: de la inobservancia de los efectos de la conciliación y la comunicación del desistimiento

Consideró que resultaba procedente la decisión de la autoridad de la protección de la competencia de continuar con la investigación hasta su culminación, no obstante que la sociedad Conconcreto S.A. renunció de manera expresa a cualquier reclamación administrativa o judicial respecto de los hechos que denunció en el trámite de la licitación pública en la audiencia de conciliación celebrada el 13 de octubre de 2010, en atención a la naturaleza jurídica de los

hechos y en tanto la práctica restrictiva de la libre competencia involucra la defensa del interés general.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁶

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, los demandantes, por conducto de apoderado judicial, presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, para lo cual formularon los siguientes motivos de oposición frente a lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B:

IV.1.- De la afectación a la honra y al buen nombre

Insistieron en la afectación a la honra y buen nombre, derechos que se encuentran reconocidos por diversos instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos y la Ley 74 de 1968 aprobatoria del mismo.

Destacaron que el artículo 11 de la Ley 16 de 1972, consagra el derecho que tienen las personas al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, lo cual se traduce en el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para remediar o reparar cualquier violación proveniente de actores privados y públicos en contra de las injerencias o ataques a dichos derechos. Por su parte, el artículo 17 de la Ley 74 de 1968, indica que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales a su honra y reputación.

Enfatizaron que lo cuestionable de la actuación de la autoridad administrativa es que haya expedido el boletín informativo, a pesar de que se encontraban pendientes de resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, pues la decisión aún no se encontraba ejecutoriada.

IV.2.- Violación al debido proceso y desviación de poder

⁶ Folios 748 a 762 del cuaderno principal.

Anotaron que el análisis técnico elaborado por la Superintendencia de Industria y Comercio carece de solidez, en tanto que no tuvo en cuenta los datos reales del proceso licitatorio, pues para el Grupo B –Fuente de Oro– San José del Guaviare se presentaron cinco (5) participantes y no solo tres (3), tal y como consta en el Informe de Evaluación Jurídico Técnico rendido por el FONADE.

Recalaron que, contrario a lo argumentado por la primera instancia, la Superintendencia de Industria y Comercio no realizó un simple “*análisis técnico*” sino que se trata de un nuevo dictamen pericial, el cual solo fue conocido por los investigados cuando se profirió la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, por lo que los accionantes no tuvieron la oportunidad de controvertir esta nueva prueba, ejerciendo sus derechos de defensa y de contradicción como elementos integrantes del debido proceso.

Para los demandantes, la Superintendencia de Industria y Comercio, al apartarse del dictamen pericial que fue válidamente decretado, practicado y objeto del derecho de contradicción durante la actuación administrativa, afectó la legalidad de los actos demandados, pues dicha experticia no hizo parte del proceso de formación de los actos administrativos sancionatorios.

Argumentaron que la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en desviación de poder, pues “[...] *la actuación que aparenta estar dentro de los límites de la facultad discrecional, el verdadero fin que perseguía era el de sancionar a mis representados sin consideración alguna, para convocar a los medios de comunicación y transmitir a la opinión pública los supuestos resultados del reciente creado por esos días Grupo Anti – Colusión, así fuera alterando la verdad*”.

Cuestionaron el análisis probatorio que se efectuó en la sentencia impugnada frente al dictamen pericial practicado en el presente proceso, por las siguientes razones: i) En primer lugar, porque el dictamen solicitado como prueba pericial tenía como objeto conceptuar sobre “[...] *los métodos de evaluación técnica utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio en su nuevo experticio con bases econométricas en la Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011 y 030 del 5 de enero de 2012, para apartarse del dictamen pericial decretado y practicado dentro de la actuación administrativa por el Ingeniero JAIME ENRIQUE VARELA*” y; ii) las conclusiones a las que llegó el perito

consistieron en que: “[...] el análisis econométrico debió realizarse en un principio con los proponentes inscritos en una primera fase, dichos resultados alterarán cualquier argumentación econométrica y cualquier metodología utilizada para la evaluación de dichos proponentes [...]”.

Así mismo, discutieron que la primera instancia no realizó una valoración integral de las pruebas allegadas al proceso, entre ellas, los testimonios decretados en la primera instancia, el concepto técnico elaborado por el ingeniero de sistemas Ciro Alberto Amaya y las demás pruebas documentales que obran en la actuación administrativa.

IV.3.- Falsa motivación: de la inobservancia de los efectos de la conciliación y la comunicación del desistimiento

Consideraron que si bien es cierto que la investigación sancionatoria podía continuar su curso así se hubiera celebrado una audiencia de conciliación entre el quejoso y los presuntos responsables de la conducta investigada, el daño causado al bien jurídico no se produjo pues “[...] en parte alguna de la actuación administrativa se observa que FONADE haya siquiera manifestado que el contrato adjudicado resultó perjudicial para el erario público por sobre costos, incumplimientos o cualquier otro hecho que afectara las arcas del Estado”.

Al respecto, añadieron que la defensa del interés general no puede ser utilizada indiscriminadamente como instrumento para justificar una decisión de la administración que, a su parecer “[...] denota que partió siempre del hecho de endilgar a mis representados una responsabilidad objetiva que en la legislación colombiana no está permitida”.

V.-TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA⁷

El recurso de apelación fue concedido por el Magistrado sustanciador de la primera instancia, mediante auto del 3 de octubre de 2013.

El Despacho sustanciador través del auto del 28 de enero de 2014, admitió el recurso de apelación y mediante providencia del 25 de junio de 2014, corrió

⁷ Folios 1 a 68 del cuaderno del Consejo de Estado.

traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión, y vencido este, al Ministerio Público para que rindiera concepto.

En esa oportunidad procesal se pronunciaron los demandantes y el ente demandado, quienes en líneas generales, reiteraron los argumentos planteados en el curso del proceso. El agente del Ministerio Público no intervino en esta oportunidad procesal.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

VI.1.- La competencia

La Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del CCA⁸.

VI.2.- El problema jurídico

De acuerdo con las prescripciones del artículo 328 del Código General del Proceso⁹, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala entrará a determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes, habrá de analizarse si las Resoluciones Nos. 64400 de 16 de noviembre de 2011 y 030 de 5 de enero de 2012, a través de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción de multa a los actores por transgredir lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico o si por el contrario vulneran normas de superior jerarquía por haberse expedido con violación al debido proceso, con desviación de poder y

⁸ Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

⁹ Artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

con transgresión de los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre y con falsa motivación.

VI.3.- Los actos administrativos objeto de análisis de legalidad

Las **empresas Constructora M.P. S.A., M.L Ingenieros S.A.**, y los señores **Jaime Alberto Marín Morales, Horacio Vega Cárdenas y Jorge Díaz Murcia**, por conducto de apoderado judicial, demandaron los siguientes actos administrativos: i) la **Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011**, *“Por medio de la cual se impone unas sanciones”*, proferida por el Superintendente de Industria y Comercio; y, ii) la **Resolución No. 030 de 5 de enero de 2012** *“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio.

VI.4.- Análisis del caso concreto

En el recurso de alzada, los demandantes insistieron en que las Resoluciones Nos. 64400 de 16 de noviembre de 201 y 030 de 5 de enero de 2012, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del procedimiento administrativo sancionador adelantado en contra de los hoy demandantes, mediante las cuales se impuso una sanción de multa por haber quedado demostrada la existencia de un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia, deben ser anuladas por haberse expedido: i) con violación del debido proceso y desviación de poder; ii) con violación a los derechos al buen nombre y honra de los demandantes y; iii) con falsa motivación, al no quedar demostrado que las conductas desplegadas por los actores generaron una afectación al erario público.

La Sala, previamente a analizar los cargos en mención, considera procedente analizar los siguientes aspectos:

VI.4.1- Marco general de las prácticas restrictivas a la libre competencia: los acuerdos colusorios en las licitaciones públicas

El artículo 1° de la Ley 155 de 1959¹⁰ indica:

“ARTÍCULO 1°. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. **El nuevo texto es el siguiente. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios** que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, **y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos” (Destacado de la Sala).

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, es necesario que (i) se trate de “acuerdos o convenios”, ii) que el objeto de los mismos sea el de “limitación de la producción”, el “abastecimiento”, “distribución” o “consumo” en “materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros” o bien puede tratarse de “prácticas, procedimientos o sistemas” y, (iii) que la finalidad de los mismos sea la de limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos, esto es, que restrinjan la libertad de acceso a los mercados¹¹.

A su vez, el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹² prescribe que son acuerdos contrarios a la libre competencia los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, al prescribir lo siguiente:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

[...]

9. Los 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.

[...]” (Destacado nuestro).

Para la configuración de la colusión en Colombia, de acuerdo con el mencionado enunciado normativo, es necesaria la concurrencia de los siguientes supuestos que definen la conducta anticompetitiva y contraria a la libre competencia:

¹⁰ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

¹¹ LAFONT PIANETTA Pedro, Manual de Derecho Privado Contemporáneo, Primera Edición, 2009, Tomo II, página 345.

¹² “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.

- a) La existencia de un acuerdo entendido como “[...] *todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*”¹³ (numeral 1º del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992¹⁴), lo que se traduce en la voluntad o consenso de las partes de llevar una conducta contraria a la libre competencia.

De conformidad con lo anterior, se tiene que existen cinco formas de acuerdo previstas por el legislador, a saber: i) el contrato; ii) convenio; iii) concertación; 4) práctica concertada y v) prácticas conscientemente paralela¹⁵. La segunda parte

¹³ Cabe destacar que en igual dirección el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 101 indica: “1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”.

¹⁴ “**ARTICULO 45. DEFINICIONES.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones: 1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas [...]”

¹⁵ VELANDIA Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición dominante; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2011 indica: “[...] La primera forma es el *contrato*. Según el artículo 864 del Código Mercantil el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. Otro tanto aparece en el artículo 1495 del Código Civil respecto del concepto de contrato al señalar que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. [...] El contrato aparece como una fuente para dar nacimiento a conductas restrictivas ya que es un acto por medio del cual las partes se obligan [...] La segunda forma es el *convenio*. Convención aparece definido en el diccionario de la lengua española como “ajuste, convención”. En nuestra legislación civil aparentemente se identifica contrato con convención. Así, al leer el contenido del artículo 1495 del Código Civil aparece una misma definición para las dos figuras. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina intentan diferenciar las dos expresiones, señalando que contrato es la especie de convención, siendo esta última el género del primero. [...] La *concertación* es la tercera forma. No aparece definida por nuestras normas ni tampoco en la ciencia y arte; debemos entonces atender a su significado natural. Concertar “Componer, ordenar, arreglar las partes de una cosa o varias cosas. Ajustar, tratar del predio de una cosa. Pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio. Traer a identidad de fines o propósito cosas diversas, intenciones diferentes”. En tal sentido, nos encontramos frente a una fuente por medio de la cual dos o más voluntades traen a identidad sus intenciones y arreglan una conducta comercial determinada. [...] Un ejemplo de concertación pueden ser las decisiones adoptadas en una agremiación de empresarios, donde las voluntades votan un punto y la decisión es obligatoria para todos. Dentro de esa decisión puede existir una conducta restrictiva. La *práctica concertada*, cuarta forma, es una fuente de acuerdo de difícil definición, ya que la concertación es por sí sola un vehículo conductor válido para un acuerdo restrictivo. Entonces, ¿cómo explicar que una práctica concertada es diferente de una concertación? Desagreguemos la expresión para encontrar su alcance: práctica aparece definida como “uso continuado, costumbre o estilo de una cosa. Modo o método que particularmente observa uno en sus operaciones”. Por su parte, concertación debe ser entendida en los términos explicados en el número anterior: como un acto unitario consecuente de voluntades complejas. Entonces, si se recoge el significado de práctica, se encuentra que en el mercado pueden existir concertaciones cíclicas que se repiten en el tiempo.

de la definición dada por la citada norma indica que requiere una pluralidad de empresas¹⁶.

- b) Que el acuerdo tenga 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 los términos de las propuestas.¹⁷

Colusión, de acuerdo con su significado natural significa “*Pacto ilícito en daño de un tercero*”¹⁸, de manera que lo que se castiga es el pacto para desfavorecer a un tercero¹⁹.

La doctrina ha señalado que de la citada norma es posible clasificar tres clases de colusión, como pasa a analizarse a continuación:

Una primera modalidad, por **distribución de adjudicación en contratos**, la cual ha sido definida así:

“[...] Esta forma de colusión tiene como sujetos las empresas interesadas en presentar propuestas, que de manera acordada acogen entre ellas el agente económico que presentará la mejor propuesta, introduciendo en cada propuesta elementos que la hacen más atractiva, lo que deja sin posibilidad de una verdadera escogencia a la empresa interesada en los servicios”²⁰.

[...] La *práctica conscientemente paralela*. Este tipo de vehículo conductor parte de un resultado de mercado donde las empresas igualan su comportamiento en una variable de competencia. [...] No se requiere un verdadero acuerdo de voluntades sino que las empresas mutuamente actúen conscientes de su paralelismo en el mercado (efecto espejo)” (páginas 113 a 122).

¹⁶ Ibídem: “[...] El Código de Comercio cuenta con una definición de empresa: es toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará por medio o uno o varios establecimientos de comercio. Así, el Código adopta en su definición un concepto más económico que jurídico, señalando que una empresa es una actividad económica organizada. El concepto de empresa que aparece contenido en las noemas de competencia hace referencia a esa acepción descrita en el Código de Comercio, es decir, a agentes económicos que conforman por sí solos unidades de explotación dedicadas a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Entonces, se trata de una organización en cabeza de una persona que busca hacer operante el comercio a través de la mediación o producción de bienes y servicios.

¹⁷ VELANDIA Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición dominante; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2011.

¹⁸ Definición de la Rae: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=colusi%C3%B3n>, fecha de consulta: 7 de noviembre de 2019.

¹⁹ VELANDIA Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición dominante; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2011, página 157.

²⁰ Ibídem. Página 158 y 159.

Una segunda modalidad, de **distribución de concursos**, según la cual:

“[...] Conforme a la ley de contratación administrativa, cuando el objeto del contrato consiste en estudios o trabajos técnicos o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. Así, el alcance de este supuesto hace referencia particular a los concursos, con los mismos elementos ya mencionados en lo referente al principio de legalidad²¹”.

Finalmente, una tercera modalidad de **fijación de términos de las propuestas**²², que surge cuando:

“[...] La conducta que nos ocupa hace parte de aquellas que requieren obligatoriamente la participación de la empresa que pretende adjudicar los contratos. Lo anterior se explica si observamos el contenido del precepto fáctico, pues la conducta restrictiva debe ser desarrollada por la empresa que invita a presentar ofertas a otras. La conducta que se reprime consiste en elaborar unos pliegos que no permiten la igualdad de oportunidades para los posibles participantes, pues por medio de estos puede la licitación estar dirigida para que uno de ellos se vea favorecido. En tal instancia la empresa o la persona encargada de elaborar los pliegos acuerda con uno de los potenciales contratistas la adjudicación del contrato, diseñando en conjunto un pliego que beneficiará al partícipe del acuerdo. Además de ser restrictiva puede llegar a ser desleal”.

c) Por último, se requiere que el acuerdo afecte la libre competencia.

VI.4.2.- Análisis de los cargos

VI.4.2.1- Violación del debido proceso

Los demandantes manifestaron su desacuerdo sobre las consideraciones esgrimidas por el *a quo* para desestimar el cargo de violación del debido proceso, porque consideran que la Superintendencia de Industria y Comercio elaboró un nuevo dictamen pericial que debió ser objeto del derecho de contradicción y de defensa, en tanto que, según su criterio, no se trató de un simple “*análisis técnico*” como erróneamente lo consideró el Tribunal en la sentencia de que impugna.

Agregaron que el mal llamado “*análisis técnico*” que hizo la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta los datos reales del proceso licitatorio que

²¹ Ibídem. Folio 159.

²² Ibídem. Folio 159.

dio origen a la investigación, pues de conformidad con el documento titulado *“Informe de Evaluación Jurídico Técnico”* rendido por el FONADE, para el Grupo B- Fuente de Oro – San José del Guaviare se presentaron cinco (5) participantes y no solo tres (3) proponentes.

Así mismo, cuestionaron el análisis probatorio que efectuó el Tribunal de primera instancia frente al dictamen pericial rendido dentro del presente proceso, sumado al hecho de que la sentencia no realizó un examen integral de las demás pruebas oportunamente practicadas y decretadas, ni de los testimonios rendidos en la primera instancia, ni del concepto técnico elaborado por el ingeniero de sistemas *Ciro Alberto Amaya* aportado junto con la demanda ni de las demás pruebas documentales.

Precisado los puntos centrales de la controversia, en el proceso se encuentra acreditado lo siguiente:

VI.4.2.1.1.- La Delegatura para la Protección de la Competencia, mediante Resolución No. 44008 de 24 de agosto de 2010²³, ordenó abrir investigación en contra de los demandantes por haber infringido el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el proceso de licitación No. IPG- 2027-196076 cuyo objeto consistió en contratar la: *“[...] reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de las vías del programa de infraestructura y desarrollo regional plan 2500, grupo a-1 Puerto López- Puerto Gaitán (k49+000 al k73+000), Grupo B Fuente de Oro – San José del Guaviare (k 109+250 al k115+540) y Grupo C turbo – Necoclí (k18+773 a k26+373)”*.

La Delegatura para la Protección de la Competencia, en el auto de apertura, realizó un ejercicio de simulación de dos escenarios²⁴, así:

“[...] El valor de las propuestas habilitadas para el Grupo B se observa en la tabla a continuación:

²³ Folios 2309 a 2325 del Cuaderno No. 7 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal.

²⁴ Folios 2318 a 2321 del Cuaderno No. 7 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal.

Propuestas Grupo B

	VALOR	% PT
CVC ⁽¹⁾	\$ 8.768.832.737	92,82%
CO ⁽²⁾	\$ 8.502.300.002	90,00%
CC ⁽³⁾	\$ 9.251.448.900	97,93%
Presupuesto total (PT)	\$ 9.447.000.000	100,00%
Limite superior	\$ 9.447.000.000	100,00%
Limite inferior	\$ 8.502.300.000	90,00%

(1) Consorcio Vial Colombiano

(2) Consorcio Oriente

(3) Concreto

Así mismo, el valor de referencia para cada uno de los cinco mecanismos de adjudicación (media geométrica, media aritmética, media aritmética alta, media aritmética baja, propuesta más baja), dadas las tres propuestas habilitadas para este grupo, se resumen en la siguiente tabla:

Valores de referencia por mecanismo de adjudicación

MECANISMO	VALOR DE REFERENCIA	% PT
Media geométrica	\$ 8.835.463.188	93,53%
Media aritmética	\$ 8.840.860.546	93,58%
Media aritmética alta	\$ 9.046.154.723	95,76%
Media aritmética baja	\$ 8.671.580.274	91,79%
Propuesta más baja	\$ 8.502.300.002	90,00%

[...] Con el fin de determinar si con las propuestas presentadas por las investigadas se configuraba alguna ventaja sobre la probabilidad de adjudicación de la licitación para al menos una de las partes, esta Delegatura **realizó dos simulaciones de la licitación**. Cada simulación se replicó mil veces, bajo dos escenarios, con cinco participantes: Consorcio Vial Colombiano, Consorcio Oriente y tres participantes aleatorios. La primera simulación corresponde a un escenario competitivo, en el cual cada oferente presenta su propuesta desconociendo el valor de las ofertas de sus competidores. La segunda simulación corresponde a un escenario colusorio, en el cual el Consorcio Vial Colombiano conocía ex ante la propuesta del Consorcio Oriente y viceversa.

[...]

En detalle, al comparar los dos escenarios (competitivo y colusorio), se tiene que para los mecanismos de Media Geométrica (MG), y media Aritmética (MA), la probabilidad de que Consorcio Oriente resulte adjudicatario con una propuesta del 90% del presupuesto total, es aproximadamente cuatro (4) puntos porcentuales superior en el caso competitivo. Para la Media Aritmética Alta (MAA) la probabilidad es aproximadamente un (1) punto porcentual superior bajo libre competencia.

Por otro lado, se observa que el acuerdo incrementó la probabilidad de ganar la licitación para el Consorcio Vial Colombiano, con una propuesta del 92,82% del presupuesto total, para cuatro de los cinco mecanismos contemplados por FONADE. El único mecanismo para el cual esto no se cumple es para la propuesta más baja, puesto que en el escenario real colusorio, el Consorcio Vial Colombiano sabrá con certeza que habrá al menos una propuesta menor a la suya y por tanto nunca podrá ganar.

Se observa en particular, que para los mecanismos de MG, MA y MAA, la probabilidad de que el Consorcio Vial Colombiano resulte adjudicatario se incrementa en aproximadamente 20 puntos porcentuales cuando pasa del escenario competitivo al escenario colusorio, en el caso de la Media Aritmética Baja (MAB), el incremento es de 5 puntos porcentuales [...]" (Destacado fuera de texto)

VI.4.2.1.2.- Durante la etapa de instrucción, la Delegatura para la Protección de la Competencia decretó las pruebas solicitadas por los investigados²⁵, entre las cuales se encontraba la práctica de un dictamen pericial²⁶, que tenía como objeto determinar i) si la firma Concreto S.A. hubiese variado el porcentaje de su propuesta entre el 90% y el 92.7% del presupuesto oficial, el resultado hubiese sido a su favor con los procedimientos de la Media Geométrica, Media Aritmética y Media Aritmética Alta, y ii) expresar las probabilidades que tenía la firma Concreto S.A. de salir ganadora en el escenario real del proceso licitatorio, manteniendo fijos los presupuestos presentados por el Consorcio Vial Colombiano y el Consorcio Oriente.

Así, el peritaje rendido por Jaime Enrique Varela llegó a la siguiente conclusión:

²⁵ Mediante Resolución No. 64061 de 22 de noviembre de 2011, se ordenó el decreto de las siguientes pruebas: 1) documentales; ii) dictámenes periciales; iii) interrogatorios y; iv) testimoniales (Folios 2632 a 2368 del Cuaderno No. 9 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal). Mediante Resolución 19265 de 12 de abril de 2011, se decretó una visita de inspección a las instalaciones de Consorcio Oriente y unos oficios. (Folios 2434 a 2436 del Cuaderno No. 8 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal).

²⁶ Folios 40 a 61 del cuaderno principal.

*[...] En estas tres posibilidades que han sido evaluadas, no solo de los rangos del 90% hasta el 92.7% como valor posible ofertado por Conconcreto, se concluye que los **tres proponentes podrían haber resultado ganadores en las tres alternativas de promedio.***

[...]

*De las explicaciones anteriores sobre fenómenos probabilísticos, surge la pregunta de si la participación en una licitación de parte de uno de los concursantes es un fenómeno probabilístico; **claramente la respuesta es NO.***

No se trata de un evento que se pueda reproducir o se pueda repetir. Un proponente no presenta sus cálculos de valor de la oferta como un fenómeno aleatorio de tal forma que pueda presentar valores con la misma probabilidad desde el intervalo inferior de precio hasta el intervalo superior de precios. Cualquier contratista que proceda de esta forma; es decir, que juegue con las ruedas de la lotería para colocar el valor de su oferta simplemente diríamos que está desquiciado, loco o fuera de su cabales.

Tampoco es un fenómeno que se pueda reproducir, puesto que la licitación para una carretera en un sitio del país, tiene las características geográficas de ese sitio, que implican costos de mano de obra y materiales pertinentes al sitio. No cuestan (sic) lo mismo la mano de obra y los materiales en Fuente de Oro que en Boyacá, Guajira o Bogotá. El proponente debe realizar sus cálculos teniendo en cuenta estas variables del sitio y constatar si los predios que puede ofrecer le producen una utilidad razonable. El rango para moverse en precios se encuentra íntimamente ligado a la utilidad que podría realizar si gana la licitación cada licitación es diferente y no se puede afirmar que existan dos que sean iguales en tiempo, modo y espacio.

[...]

Surge ahora la siguiente pregunta:

“¿Sabían los dos Consorcios de la controversia cuantos proponentes se iban a presentar a la licitación? ¿Cuantos (sic) de estos resultarían habilitados? ¿O podrían manipular el concurso para que solo hubiese una propuesta adicional a la de ellos o de pronto ninguna adicional?”

Es obvio que la respuesta es no, por lo cual la supuesta estrategia de colusión queda imposible de probar solo con esta información de valores que presentaron los dos consorcios de la controversia. Adicionalmente, no es posible conocer cual (sic) es la distribución de probabilidad de otros concursantes en lo que se refiere a sus costumbres y formas de presentar los precios en una licitación.

[...]

En conclusión, para comprobar la posible Colusión, tendrán que utilizarse otros procedimientos diferentes a estos supuestos cálculos probabilísticos que no conducen a ninguna parte. Sobre estos procedimientos diferentes no se puede pronunciar en este

concepto pericial, ni tampoco se tienen los conocimientos para hacerlo [...]” (Destacado y subrayado es original, destacado solo nuestro).

Cabe destacar que el mencionado perito, reafirmó las conclusiones del mencionado dictamen en la audiencia de práctica de testimonios rendida en la primera instancia celebrada el 28 de enero de 2013, al indicar lo siguiente:

*“[...] Mi conclusión fue de que por medio de las técnicas matemáticas que yo utilicé para examinar la información no era posible mostrar que estas empresas se habían puesto de acuerdo puesto que como dije anteriormente, uno no puede adivinar cuál va a ser el comportamiento de las otras empresas que participaron en la licitación [...] yo decía en mi dictamen tratar de conocer cuál es la estrategia que cada firma utiliza es una `misión imposible´ pues nadie desea revelar los secretos de su organización en la misma forma que `un panadero no revela las recetas de cómo hace su pan´, en conclusión para comprobar la posible colusión tendrán que utilizarse otros procedimientos diferentes a otros supuestos cálculos probabilísticos que no conducen a ninguna parte”*²⁸.

VI.4.2.1.3.- Finalizada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el *“Informe Motivado”*²⁹, en el cual concluyó que:

“[...] De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y del análisis hecho en líneas anteriores, esta Delegatura puede concluir que la valoración conjunta de todos los aspectos antes mencionados, en relación con (i) el conocimiento previo de los investigados por haber conformado con anterioridad diversos consorcios; (ii) el actuar conjunto de los investigados en la etapa previa a la presentación de las propuestas; (iii) las coincidencias encontradas en las propuestas presentadas por los consorcios y (iv) la estrategia para la definición del valor de la propuesta económica por parte de los investigados, es suficiente para demostrar que la conformación de los consorcios VIAL COLOMBIANO y ORIENTE en la licitación de FONADE estuvo precedida por un acuerdo entre sus miembros, cuyo objeto y efecto fue el de no competir y coludir en la licitación No. IPG – 2027-196076, tendiente a que el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO resultara adjudicatario, tal y como en efecto sucedió”.

Por su parte, los investigados presentaron observaciones al informe motivado, a través de las cuales, solicitaron a la Superintendencia de Industria y Comercio no acoger las consideraciones esgrimidas en el informe motivado³⁰.

²⁷ Folios 40 a 61 del cuaderno principal.

²⁸ Folio 476 del cuaderno principal.

²⁹ Folios 64 a 111 del cuaderno principal y 93 a 141 del cuaderno No. 9 del CD obrante a folio 546 del cuaderno de pruebas.

³⁰ Escritos visibles a folios 112 a 125 y 126 a 36 del cuaderno principal.

VI.4.2.1.4.- Posteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió las **Resoluciones Nos. 64400 de 16 de noviembre de 2011** y **030 de 5 de enero de 2012**, al comprobar que los demandantes violaron lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al incurrir en un acuerdo colusorio en la licitación No. IPG 2027-196076, afectando la libre competencia.

La Sala evidencia, además, que la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso la sanción luego de efectuar una valoración en conjunto de las pruebas que fueron decretadas y practicadas oportunamente en la actuación administrativa tales como documentos, los interrogatorios de parte, testimonios, e inspecciones judiciales, las cuales demostraron la existencia de varias coincidencias entre las propuestas presentadas por los Consorcios Vial Colombiano y Oriente.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró las siguientes similitudes en relación con las propuestas presentadas por los Consorcios Oriente y Vial Colombiano en relación con los siguientes aspectos: i) el índice de las propuestas presentadas; ii) la acreditación de los derechos de participación; iii) el documento de constitución del consorcio o la unión temporal; iv) el ítem de garantía de seriedad de la propuesta; v) los cupos de crédito; vi) la relación del personal mínimo requerido y, vi) la presentación y cálculo del A.I.U.

Así, en lo que se refiere al **índice de propuestas presentadas**, indicó:

Cuadro 3
Comparación entre el índice de las propuestas y el listado contenido en el pliego

Títulos Índice Propuestas	Listado Pliego de condiciones Numeral 2.2.1 a 2.2.2
Acreditación pago derechos de participación	Acreditación del pago de los derechos de participación
Carta de presentación	Carta de presentación de la propuesta
Documento Constitución Consorcio	Documento privado de constitución de Unión Temporal o Consorcio para la presentación de la propuesta
Cumpliendo Art 50 de la Ley 789 y Ley 828	Documento cumplimiento Art 50 de la Ley 789 de 2002 y Ley 828 de 2003
No hace referencia	Certificado de existencia y representación legal
No hace referencia	Documento de facultades para presentar propuestas y contratar
Garantía de seriedad de la propuesta	Garantía de seriedad de la propuesta
Pacto de integridad	Pacto de integridad
Cupo de crédito	Cupo de crédito (Formatos 02 y 03)
Formato 03 – Cálculo cupo residual de crédito	Determinación del cupo de crédito residual

“[...] llama la atención de la comparación entre las propuestas, no solamente es el orden de los títulos en los índices, sino que los textos utilizan el mismo tamaño y fuente de letra y que entre ellos se asemejan mucho más de lo que se parece cada uno y el pliego de condiciones. Así, si se comparan los títulos de las ofertas con el listado de documentos del pliego de condiciones, es claro que existe diferencia entre aquellos y este, veamos:

Cuadro 3
Comparación entre el índice de las propuestas y el listado contenido en el pliego

Títulos Índice Propuestas	Listado Pliego de condiciones Numeral 2.2.1 a 2.2.2
Acreditación pago derechos de participación	Acreditación del pago de los derechos de participación
Carta de presentación	Carta de presentación de la propuesta
Documento Constitución Consorcio	Documento privado de constitución de Unión Temporal o Consorcio para la presentación de la propuesta
Cumpliendo Art 50 de la Ley 789 y Ley 828	Documento cumplimiento Art 50 de la Ley 789 de 2002 y Ley 828 de 2003
No hace referencia	Certificado de existencia y representación legal
No hace referencia	Documento de facultades para presentar propuestas y contratar
Garantía de seriedad de la propuesta	Garantía de seriedad de la propuesta
Pacto de integridad	Pacto de integridad
Cupo de crédito	Cupo de crédito (Formatos 02 y 03)
Formato 03 – Cálculo cupo residual de crédito	Determinación del cupo de crédito residual

Certificado de vista de obra	Visita de carácter obligatorio al sitio donde se desarrolla la obra
Formato 04 – Experiencia específica del proponente	Experiencia específica <u>certificada</u> del proponente (Formato 4)
Relación personal clave requerido	Relación personal clave requerido (Formato 05) y Cartas de compromiso (Formato 06)
No hace referencia	Plazo de ejecución del contrato
Formato 07- Relación de equipo ofrecido	Relación de equipo de construcción ofrecido (Formato 07)
Formato 08 – Capacidad residual de contratación	Capacidad de contratación (k) y Capacidad Residual (Kr) (Formato 8)
Certificado de inscripción en el RUP	No hace referencia
Organización de los trabajos	Organización de trabajos
Programación de los trabajos	Programación de los trabajos

De acuerdo con lo que se observa en el cuadro, no es cierto como lo pretenden mostrar los apoderados, que las similitudes entre las ofertas provengan del pliego de condiciones como referencia común de los proponentes. Son claras las diferencias entre los índices idénticos contenidos en las propuestas y el listado de documentos jurídicos y técnicos de numerales 2.2.1 a 2.2.2 del citado pliego (resaltadas y subrayadas). Vale mencionar además que, si bien existía dicho listado, en ninguna parte se obligó a los proponentes a seguir el orden en él contenido. Por lo tanto, la forma en que se presentaron las propuestas indica que hubo una concertación por parte de los consorcios en la forma como se elaboraron [...]”.

En lo atinente a **la acreditación del pago de los derechos de participación**, se señaló:

“[...] El numeral 2.2.1 del pliego de condiciones estableció que el proponente debía acreditar el pago de los derechos de participación, debiendo aportar el respectivo comprobante de ingreso expedido por la tesorería de FONADE, para tal efecto, el pago podía realizarse en efectivo o en cheque de gerencia. Tanto el Consorcio Vial Colombiano como el Consorcio oriente acreditaron dicho requisito, allegando el comprobante de ingreso expedido por FONADE, como se aprecia a continuación:

Consortio Oriente

2547

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO		COMPROBANTE DE INGRESO		Nro.	6559
Concepto de Ingreso	90000	Origen Recursos	Banco del BANCO DE BOGOTÁ	415-35300-1	25-01-2014
Fecha de Emisión	25-01-2014	Forma de Pago	CONTRIBUCION SINDICA		
		Cuenta	CONSORCIO ORIENTE - CUENTA DE CUENTA CORRIENTE - 0001 - 0001		
		Valor Bruto			8.300.000,00
		Valor Neto a Pagar			8.300.000,00

SE PAGA

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO
COMPROBANTE DE INGRESO
Nro. 6559

Fuente: Documentos obrantes en los folios 21 y 269 del Cuaderno No. 1 del expediente No. 07-106011

Consortio Vial Colombiano

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO		COMPROBANTE DE INGRESO		Nro.	6657
Concepto de Ingreso	90000	Origen Recursos	Banco del BANCO DE BOGOTÁ	415-35300-1	25-01-2014
Fecha de Emisión	25-01-2014	Forma de Pago	CONTRIBUCION SINDICA		
		Cuenta	CONSORCIO VIAL COLOMBIANO - CUENTA DE CUENTA CORRIENTE - 0001 - 0001		
		Valor Bruto			3.300.000,00
		Valor Neto a Pagar			3.300.000,00

SE PAGA

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO
COMPROBANTE DE INGRESO
Nro. 6657

Fuente: Documentos obrantes en los folios 21 y 269 del Cuaderno No. 1 del expediente No. 07-106011

Se observa como los cheques aportados para la cancelación de los derechos de participación de los consorcios involucrados provienen de la misma chequera y cuenta bancaria, siendo además cheques consecutivos Nos. 4009305 y 4009306. Además de lo anterior, también obran en el expediente las solicitudes de expedición de cheques de gerencia entre el Banco BBVA [...]. Si bien el hecho de que los números de los cheques de gerencia y las similitudes en las cartas de solicitud para su expedición pueden ser simplemente coincidencias, como lo quieren hacer ver los investigados, es claro que en el contexto en que están siendo analizadas constituyen un elemento más de prueba para demostrar la afinidad y colaboración existente entre ellos. No es aceptable que bajo la justificación de haber participado de manera conjunta en procesos anteriores, se legitime la posibilidad de que dos competidores en un nuevo proceso elaboren, estructuren y hagan las gestiones de manera conjunta. Lo anterior como mínimo constituye un indicio grave de una actividad colusoria [...].”

En lo referente al **documento de constitución del consorcio o la unión temporal** se dijo:

“[...] El numeral 2.2.1.3 del pliego de condiciones señalaba que los proponentes debían presentar un documento privado de constitución de consorcio. De acuerdo con el pliego se presentaron una serie de requisitos a cumplir por parte del mencionado documento sin que existiera de por medio un formato impuesto. A pesar de lo anterior, se observa que las propuestas presentadas por los investigados eran idénticas, tal y como se visualiza a continuación.



Fuente: Documentos obrantes en los folios 23-25 y 271-273 del Cuaderno No.1, del expediente No. 07-106011

[...] la colaboración entre los oferentes llegó más allá de la simple utilización de un formato común. Resulta fuera de todo contexto para una autoridad de competencia aceptar la supuesta competencia entre dos proponentes en una licitación, luego de que como en este caso, a pesar de que no existía formato alguno, todos los documentos por éstos presentados tenían similitudes en el texto, puntuación, márgenes, espacios, sangrías, tipo y tamaño de letra, destinatario, fragmentos resaltados en negrillas y mayúsculas sostenidas, son perfectamente iguales, llegando a coincidir, incluso en los errores de redacción, lo que denota como éstas fueron elaboradas en conjunto por parte de los consorcios investigados.

Además de lo anterior, comparte plenamente este Despacho la posición de la Delegatura cuando, luego de analizar los testimonios de los investigados, concluye que: “(...) sí existía un conocimiento previo de que iban a participar en la licitación en mención y que actuaron en forma conjunta en el proceso previo a la presentación de las propuestas así como en la elaboración de las mismas con el objeto de coludir en la licitación No. IPG- 2027-196076”.

Frente al ítem de **garantía de la seriedad** sostuvo:

“[...] De conformidad con el pliego de condiciones en su numeral 2.2.1.7 los proponentes debían anexar una garantía que amparara la seriedad de su propuesta a favor de FONADE, por un valor equivalente como mínimo al diez por ciento (10%), que para el `GRUPO B` correspondía a \$944.700.000,00. En lo que se refiere a este requisito, se encuentra que los consorcios investigados solicitaron la expedición de sus pólizas de garantía a la misma aseguradora, con números consecutivos de certificado 10942 y 10944, de factura 6338 y 6340 y número general 8690 y 8692. Veamos:



[...] Además de lo ya afirmado sobre la interpretación integral de los elementos probatorios citados, se sigue confirmando con la adquisición de las pólizas que los investigados actuaron de la mano en la consecución de los documentos y requisitos previstos en el pliego de condiciones. Independientemente de la numeración de las pólizas, es innegable que ambos consorcios, gestionaron su obtención ante la misma compañía, lo que constituye un indicio de que actuó de manera conjunta en la elaboración de las propuestas. Solo bajo una posición de extrema ingenuidad, es creíble que a pesar de compartir la preparación de los aspectos formales de sus propuestas, no se haya compartido información con el valor económico de las mismas [...].”

En lo que respecta a los **cupos de crédito**, argumentó lo siguiente:

“[...] En lo que respecta a los cupos de crédito residuales de los proponentes, el numeral 2.2.1.9 del pliego de condiciones establecía que dicho cupo no podía ser menor al 20% del valor del presupuesto estimado, que para el `GRUPO B` correspondía a \$1.889.400.00,oo.

Nuevamente, aparecen las similitudes entre los consorcios involucrados en la investigación, quienes aportaron cupos de crédito expedidos en la misma fecha en la misma sucursal bancaria y por montos idénticos, esto es \$1.900.000.000.00., como se observa a continuación:



[...] Reinciden los apoderados en el argumento de escindir la prueba referida de todas las demás. En efecto, el hecho de que se presenten cupos de crédito del mismo banco no tiene por qué ser considerado anticompetitivo. No obstante, si además de lo anterior, los dos consorcios presentan el mismo monto de cupo, el cual no es fijado por el pliego de condiciones y en donde curiosamente ambos consorcios coinciden, se genera un hecho indicador que junto a los ya analizados muestran como las investigadas trabajaron de manera conjunta las propuestas y coludieron con el fin de obtener la licitación No. IPG-2027-196076 [...].”

Frente al ítem de relación de personal mínimo sostuvo:

“[...] Otro de los puntos previstos en el pliego de condiciones, señalaba que era necesario diligenciar el Formato No. 05 relativo al ‘Personal Clave’ para la ejecución de la obra. La metodología establecida era la de incluir la información necesaria en el respectivo formato. No obstante, al comparar los documentos aportados por los consorcios Vial Colombiano y Oriente, se observa lo siguiente:

CONSORCIO ORIENTE							CONSORCIO VIAL COLOMBIANO							
INFORMACION GENERAL DE LA EMPRESA QUE PRESENTA LA PROPUESTA ECONÓMICA Y REQUISITOS PERSONAL PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS														
RELACION PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS														
PS 527 - TR04														
FORMATO DE - RELACION PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS														
RESPONSABLE: CONSORCIO VIAL COLOMBIANO														
NOMBRE	PROFESIÓN	GRADO DE INGENIERÍA	NÚMERO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA
EDUARDO BARRERA RODRIGUEZ CALDERON	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	11	8	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							
LEONARDO SUAREZ RAMA	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	11	8	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							
FRANCISCO SUAREZ RAMA	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	11	8	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							
ANTHONY LUIS SUAREZ RAMA	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	11	8	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							

CONSORCIO VIAL COLOMBIANO														
INFORMACION GENERAL DE LA EMPRESA QUE PRESENTA LA PROPUESTA ECONÓMICA Y REQUISITOS PERSONAL PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS														
RELACION PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS														
PS 527 - TR04														
FORMATO DE - RELACION PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS														
RESPONSABLE: CONSORCIO VIAL COLOMBIANO														
NOMBRE	PROFESIÓN	GRADO DE INGENIERÍA	NÚMERO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA	GRADO DE INGENIERÍA
Jorge Alberto Soto	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	28	18	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							
Jorge Alberto Soto	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	28	18	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							
Jorge Alberto Soto	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	28	18	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							
Jorge Alberto Soto	ING. CIVIL	CONSTRUCION DE OBRAS	28	18	CONSTRUCTOR DE OBRAS	REGISTRADO CMC	100%							

[...] De lo hasta ahora observado, es dable concluir que a los consorcios Vial Colombiano y Oriente, tan sólo les faltó presentarse como uno sólo en la licitación, ya que como está más que demostrado, realizaron todas las gestiones, recolección de información y hasta escogencia de personal de manera unificada. Esto a pesar de ser norma para los investigados y sus apoderados, constituye como ya se dijo, una situación reprochable a la luz del Régimen de Protección de la Competencia. [...] Así, a pesar de ser considerado como algo común el comportamiento de las investigadas en el presente caso, no es dable aceptar que empresas consorcios o personas naturales que buscan ser adjudicatarios de obras públicas, trabajen en grupo para lograr su objetivo. No puede olvidarse además que se trata de los recursos del Estado sobre los cuales debe haber un respaldo absoluto, el cual, en el presente caso no se visualiza [...].

Finalmente, en relación con el ítem presentación y cálculo A.I.U aseveró:

[...] El pliego de condiciones establecía en su sección 2.3. los requisitos para la propuesta económica, en donde se establecía como costos indirectos de ejecución los gastos administrativos, los imprevistos y la utilidad (A.I.U). Específicamente frente a este punto, según el pliego “[...] FONADE aceptará el valor propuesto de A.I.U., bajo el entendido de que el proponente es el responsable de la elaboración de la propuesta económica [...]”.

Luego de analizar las propuestas económicas presentadas, se encontró que los porcentajes propuestos por los Consorcios Oriente y Vial Colombiano eran exactamente iguales: 23% para administración, 2% para imprevistos y 5% de utilidad, mientras que los presentados por Concreto fueron 32.9%, 1% y 4%, respectivamente [...].

Contrario a los argumentos de los apoderados, para este Despacho constituye una situación bastante llamativa el hecho que dos competidores dentro de un mismo proceso licitatorio coincidan en el porcentaje de costos propuesto en sus ofertas. A pesar de la normalidad que se pretende imprimir al respecto, no existió dentro del

pliego de condiciones una referencia directa o indirecta que generara un entendimiento común a los participantes y como es incluso reconocido por parte de los investigados, la justificación para esta nueva coincidencia es la relación emanada de una licitación anterior entre los miembros de miembros de los consorcios [...]”.

Así, el señor Horacio Vega Cárdenas³¹, en su condición de representante legal del Consorcio Oriente, en la diligencia de testimonios celebrada el 27 de marzo de 2008, rendida durante la actuación administrativa, indicó:

“8. PREGUNTA: Conoce al señor JAIME ALBERTO MARÍN MORALES?

Respondió: *Sí. Es el gerente de la Constructora MP.*

9. PREGUNTA: Hace cuánto tiempo lo conoce?

Respondió: *Como por ahí seis años más o menos.*

10. PREGUNTA: En que (sic) forma lo conoció?

Respondió: *Como somos ingenieros contratistas y licitamos en varias entidades, INVIAS, Aeronáutica, en estos procesos licitatorios lo conocí, frecuentamos los procesos [...]*

13. PREGUNTA: Qué persona o personas elaboraron la propuesta económica de su compañía?

Respondió: *La elaboré yo con un ingeniero que tenía para eso. Javier Eduardo Vega, un sobrino que también es ingeniero civil”.*

El señor Jaime Alberto Marín Morales³², en la diligencia celebrada el 27 de mayo de 2008 rendida durante la actuación administrativa, en su condición de representante legal del Consorcio Vial Colombiano, informó:

“[...] PREGUNTA: ¿Señor Marín, conoce a (sic) usted a alguno de los representantes legales o los funcionarios que hacían parte del equipo del Consorcio de Oriente?

Respondió: *Sí los conozco.*

PREGUNTA: ¿Por favor, defínanos esa persona que usted dice si conocer, el nombre?

Respondió: *Sí lo conozco, el (sic) es el ingeniero Horacio Vega Cárdenas.*

PREGUNTA: ¿Sírvese ilustrar al Despacho las características de tiempo, modo y lugar en que usted conoció al ingeniero Horacio Vega Cárdenas?

³¹ Folios 797 a 799 del Cuaderno No. 2 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal contentivo de la actuación administrativa.

³² Folios 803 a 807 del Cuaderno No. 2 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal contentivo de la actuación administrativa.

Respondió: El Ingeniero Horacio Vega Cárdenas lo conozco hace más de cinco años, porque nos hemos encontrado en varios procesos licitatorios, pues de hace. Como también él forma parte de varios consorcios a los que nosotros nos hemos presentado.
Como constructora MP y con el (sic) tenemos obras en consorcio.

[...]

PREGUNTA: ¿Usted nos podría ilustrar sobre cual fue esa metodología aplicada?

Respondió: Creo que la metodología aplicada era una fórmula matemática que no era ni el más barato ni al más caro sino una media aritmética o mediana no estoy seguro.

PREGUNTA: ¿Ingeniero Marín, quien dentro del consorcio conocía o conoció de manera suficiente esta metodología de evaluación?

Respondió: esta metodología la conocíamos la ingeniera de la licitaciones (sic) a más de ella yo, como representante porque somos los que estamos presentando continuamente licitaciones, entonces para presentarnos en esos, leemos cual (sic) es la forma de calificación y más o menos con la experiencia que se tiene se busca un porcentaje óptimo para entrar a competir para la adjudicación de dichos procesos, haciendo suposiciones como van a ir los demás rivales porque también se tiene más o menos ya parámetros de cómo ellos se han venido presentando en muchas licitaciones y de acuerdo a la fórmula otorgada por cada entidad, ya que para cualquier compañía de ingeniería civil en Colombia, ganarse 1, 2, 3 contratos en el año fácilmente, tenemos que presentarnos así en licitaciones, porque es muy difícil ganárselas por las fórmulas, porque no sabemos, primero hay una visita previa, a veces las entidades sacan visitas previas obligatorias. Hay un número determinado de concursantes, pero no sabemos cuantos (sic) se presentan al día de la licitación, entonces un juego de probabilidades, quienes son, antecedentes, si se bajan mucho, poco, entonces uno hace más o menos un estudio en cuanto le va a hacer la obra y cual (sic) es el porcentaje óptimo (sic) para presentarse, ya el resto es un albur que está corriendo uno, porque no sabemos el porcentaje o el precio de cada concursante, pues esto se sabe únicamente el día de la adjudicación de la licitación, porque la parte económica se entrega en un sobre cerrado [...] (Destacado es original y subrayado es nuestro).

A su vez, la Ingeniera Dalia Inés Barros Serrano³³, ingeniera civil de la Constructora M.P S.A., quien fue la encargada de elaborar la propuesta del Consorcio Vial Colombiano en el proceso licitatorio en la diligencia de testimonios realizada el 20 de agosto de 2009, rendida en la actuación administrativa, indicó:

[...] Pregunta: Indique al Despacho, qué participación tuvo usted en la elaboración de las propuestas presentadas por el Consorcio Vial Colombiano en la licitación RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN

³³ Folios 815 a 821 del cuaderno No. 3 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal contentivo de la actuación administrativa.

DE LAS VÍAS DEL PROGRAMA DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO REGIONAL PLAN 2500 Grupo B- Fuente de Oro- San José de Guaviare (K109 +250 al K115 +540):

Respondió: Yo elaboré la propuesta.

[...]

Pregunta: ¿Antes de participar en una licitación acostumbra usted a hacer una simulación de escenarios a la oferta a presentar, utilizando cada uno de los mecanismos de selección económica (media geométrica, media aritmética alta, media y baja o la propuesta más baja?

Respondió: Sí, claro, se hace una simulación de cómo serían los otros proponentes para estimar el rango en el que debe ir el ganador de la propuesta.

Pregunta: En caso afirmativo ¿para la presentación de la oferta dentro del proceso licitatorio IPG 2027-196076 realizó la anterior simulación?

Respondió: Sí, tuve que haberla realizado, siempre se realiza para la presentación de cualquier oferta.

[...]

De acuerdo con su experiencia en la presentación de ofertas en procesos licitatorios ¿podría indicarnos si es posible que los proponentes en las licitaciones públicas, conozcan anticipadamente los mecanismos de selección o el comportamiento histórico de los demás proponentes?

Respondió: **Uno puede obtener de procesos anteriores en distintas entidades los rangos de precios o los precios en los que se han presentado otros proponentes entonces de esa manera se pueden conocer estadísticas históricas de presentación de ofertas.**

[...]

Pregunta: ¿Conoce usted al señor HORACIO VEGA?

Respondió: **Sí, el (sic) es un ingeniero civil contratista de proyectos viales que en varias ocasiones se ha asociado con constructora MP para presentar ofertas de licitaciones.**

[...]” (Destacado fuera de texto).

Así mismo, cabe destacar que la Superintendencia de Industria y Comercio, en el acto acusado, se apartó de las conclusiones del dictamen pericial elaborado por el perito Jaime Enrique Varela, para lo cual, estructuró una “argumentación

econométrica³⁴ a partir de un “[...] modelo de comportamiento de los agentes en la licitación en el cual (sic) que permitiera separarse de la recomendación del perito acerca de la imposibilidad de aproximarse a medir la probabilidad de que Conconcreto hubiese salido ganador de la licitación³⁵”, para lo cual conjugó “[...] aspectos de diferentes áreas del conocimiento, tal como fundamentos de modelación de teoría de juegos, herramientas de economía matemática y algunos elementos propios de la teoría de la probabilidad³⁶”.

Del estudio del método de la Superintendencia de Industria y Comercio se extracta lo siguiente:

El ejercicio que se realiza a continuación, busca establecer si es posible concebir un modelo que bajo una serie de supuestos lo suficientemente sustentados con la información que reposa en el expediente, permita llegar a una explicación matemática que desvirtúe la posición planteada por el perito dentro del caso. En particular, se propondrán los siguientes supuestos:

En primer lugar, se asumirá que el Consorcio Oriente (en adelante CO) va a proponer la oferta más baja posible de acuerdo con las condiciones previstas en el pliego de la licitación, esto es, el 90% del presupuesto total o \$8.502.300.000³².

³⁴ Folio 173 del cuaderno principal.

³⁵ Folio 173 del cuaderno principal.

³⁶ Folio 263 del cuaderno principal.

En segundo lugar, se asumirá que dentro del comportamiento colusorio señalado, el Consorcio Vial Colombiano (en adelante CVC) buscará una propuesta que le permita quedarse con la licitación.

De esta forma, CVC y CO actuando coordinadamente, si bien desconocen cuál va a ser la propuesta de Concreto (en adelante CC), pueden conjeturar acerca de la propuesta que el mismo vaya a presentar. Lo anterior resulta ser un supuesto consistente si se tiene en cuenta que, como se reconoció en las pruebas testimoniales, las partes podían inferir el comportamiento de los competidores teniendo en cuenta experiencias pasadas de otras licitaciones en las que hayan coincidido. En efecto, la señora DALIA INÉS BARROS SERRANO, ingeniera de planta encargada de la elaboración de las propuestas a presentar en las licitaciones de CONSTRUCTORA M.P. S.A., empresa integrante del CONSORCIO VIAL COLOMBIANO, en testimonio del 20 de agosto de 2009, explicó lo siguiente:

"(...) Pregunta: De acuerdo con su experiencia en la presentación de ofertas en procesos licitatorios ¿Podría indicarnos si es posible que los proponentes en las licitaciones públicas, conozcan anticipadamente los mecanismos de selección o el comportamiento histórico de los demás proponentes?"

Respondió: Uno puede obtener de procesos anteriores en distintas entidades los rangos de precios o los precios en los que se han presentado otros proponentes entonces de esa manera se pueden conocer estadísticas históricas de presentación de ofertas (...)³³.

Bajo esta colección de supuestos, sería posible prever las mejores ofertas de CVC, esto es aquellas que le otorguen la victoria en la licitación, ante cada una de las posibles respuestas de CC. Así, bajo cada criterio, CVC propondrá una oferta, en adelante p_2 , sabiendo que CO propondrá siempre el precio mínimo m y en función de la posible oferta que pueda realizar CC, que en adelante se denotará por p_3 :

- Mejor respuesta ante media aritmética:

$$p_2 = \frac{m + p_2 + p_3}{3}; p_2 = \frac{m + p_3}{2}$$

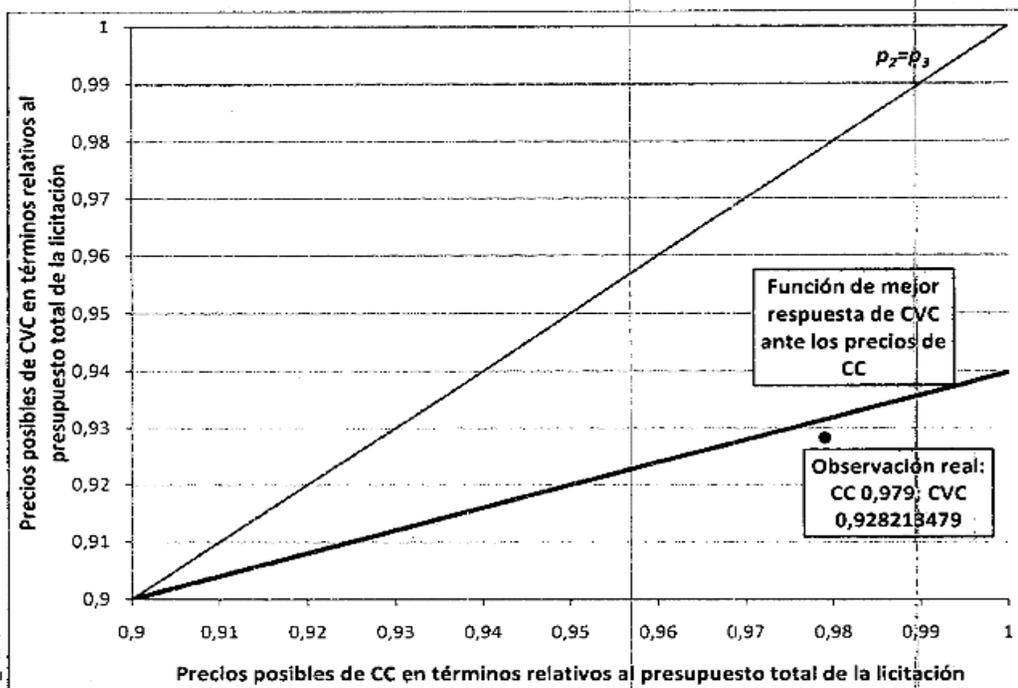
- Mejor respuesta ante media geométrica:

$$p_2 = (m \cdot p_2 \cdot p_3)^{\frac{1}{3}}; p_2 = (m \cdot p_3)^{\frac{1}{2}}$$

- Mejor respuesta ante media alta:

$$p_2 = \frac{\frac{m+p_2+p_3}{3} + p_3}{2}; p_2 = \frac{m + 4p_3}{5}$$

- Mejor respuesta ante media baja:



Como se puede observar, la distancia entre el punto que representa la observación real y la línea de la función de mejor respuesta de CVC es en términos relativos al valor de las ofertas no significativa, con lo que efectivamente muestra este Despacho que es posible construir un mecanismo que bajo colusión efectivamente permita llegar a resultados que se ajustan de forma muy aproximada a los efectivamente observados.

Para ratificar la conclusión anterior, este Despacho procede a analizar, de acuerdo al modelo, cuál hubiera sido la mejor respuesta de CVC, reconociendo la propuesta efectivamente observada, y quién hubiera sido en esas circunstancias el ganador. La siguiente tabla ilustra los resultados.

	Media aritmética	Media geométrica	Media alta	Media baja	Precio mínimo
Resultado fórmula, en \$	8.814.311.9 51	8.810.035.2 24	8.993.057.5 34	8.658.305.9 76	8.502.300.0 00
Ganador	CVC	CVC	CVC	CO	CO

Las predicciones realizadas por el modelo acerca del comportamiento de CVC mostrarían que, bajo la hipótesis de previsión perfecta, sería posible idear una estrategia que permitiese al ente coludido ganar la licitación. En otras palabras, de acuerdo al modelo, CC no tenía ninguna probabilidad de ganar la licitación una vez que CVC y CO, actuando de forma acordada, formaran unas expectativas suficientemente certeras sobre cuál iba a ser su propuesta.

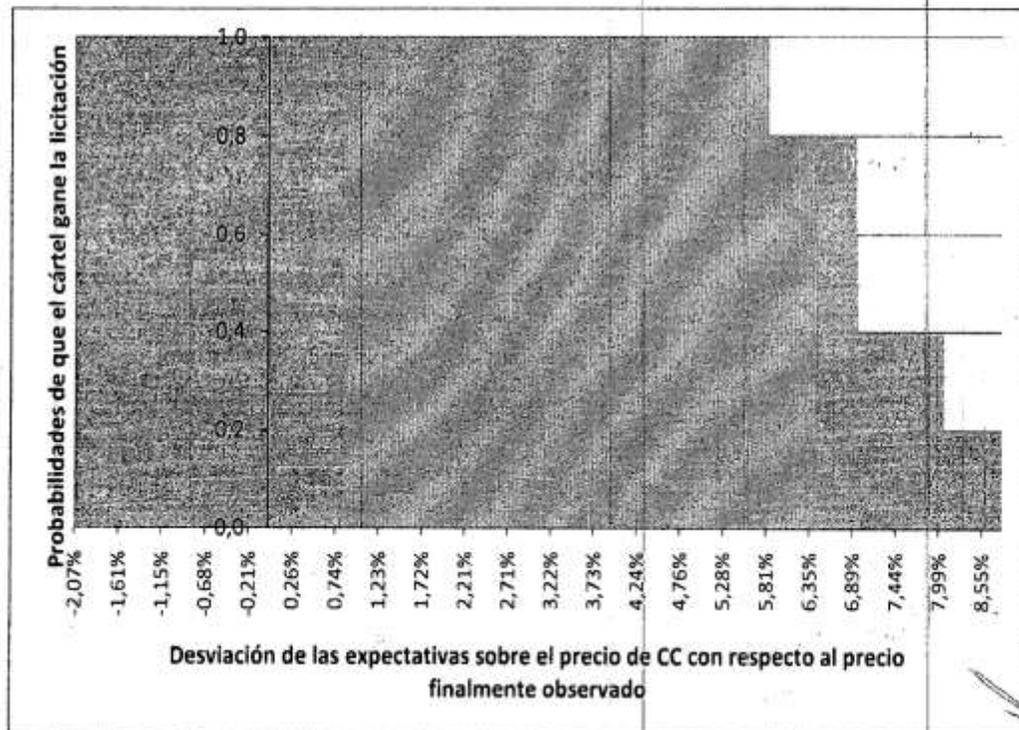
Para debilitar la hipótesis de previsión perfecta, este Despacho procede ahora a analizar qué habría pasado si las expectativas sobre el precio de CC hubiesen contenido algún margen de error, de tal manera que la oferta efectivamente observada no hubiese sido exactamente la esperada por el cartel. Podemos definir el sesgo del precio de CC esperado por el cartel con respecto al precio finalmente observado de la siguiente forma:

$$E(p_3) = p_3(1 + \delta)$$

En la anterior expresión δ representa esa desviación en términos porcentuales, $E(p_3)$ representa la expectativa del precio de CC que forma el ente coludido y p_3 representa el precio de CC finalmente observado. Un valor de δ menor que cero refleja una subestimación del valor finalmente observado, y viceversa.

De esta manera, manteniendo invariante los niveles de CVC y CO en el modelo, se realiza un ejercicio de variación del precio de CC sobre el rango de precios admisibles en la licitación, en la forma en que sugiere el Dictamen Pericial más arriba referenciado, y así determinar para qué valores de δ el cartel tendría una probabilidad menor a 1 de ganar la licitación.

Lo anterior, en aras de determinar qué tan grande podría ser el error admisible con relación a la oferta de CC finalmente observada, sin que se afecte sensiblemente la probabilidad de ganar la licitación. La siguiente gráfica muestra los efectos en las probabilidades de éxito del cartel por cada sesgo porcentual sobre cada precio posible en la realidad:



Como se ilustra en el gráfico, el rango de esta gráfica ha sido definido desde -2,07% hasta 8,81%, ya que esos valores corresponden a los máximos niveles de error aplicables para que las propuestas se encuentren dentro del rango propuesto en los pliegos de la licitación tomando como referencia precio esperado de CC.

De lo anterior se concluye que si el error de pronóstico del ente coludido apunta a subestimar la oferta efectiva de CC, la probabilidad de ser el adjudicatario en la licitación se mantiene en 1. Esto es así porque, en ese caso, el cartel está actuando de manera conservadora frente al riesgo y está diseñando una propuesta de CVC muy baja en respuesta a esas expectativas formadas del precio de CC en la licitación.

No obstante, en un escenario en el que el error de pronóstico genere una sobrestimación de la oferta a realizar por CC, la probabilidad de que el cartel gane la licitación sí se ve afectada, toda vez que en este escenario, si CVC supera un margen de error de 5,84% y el método de selección de media alta ganara la lotería, el cartel ya no ganaría la licitación. Por tanto, las probabilidades de éxito del cartel bajan a 0,8 (sólo ganaría en 4 de los 5 escenarios posibles). Estas probabilidades se verían mermadas otra vez hasta 0,6 si el margen de error alcanza a ser de 6,94%, ya que CC solo ganaría la licitación si los métodos de media alta o media aritmética ganaran la lotería.

En línea con lo anterior, si el sesgo sigue creciendo una centésima, las probabilidades bajarían hasta 0,4, ya que CC también ganaría bajo el criterio de media geométrica. Finalmente si el margen de error de la sobre estimación supera el 8,05%, CC ganaría la licitación bajo todos los criterios salvo por el de precio mínimo, con lo que el cartel ganaría la licitación con tan solo una probabilidad de 0,2.

Frente a lo mencionado anteriormente, es importante destacar que errores de sobrestimación superiores al 5,84% pueden parecer muy limitados y una condición muy fuerte para pensar que el cartel pueda ganar la licitación con alto grado de probabilidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta a su vez que los precios están delimitados, de acuerdo a los pliegos de la licitación. Esto hace que ese 5,84% al que se hace alusión en líneas anteriores, sea equivalente a un margen de error cercano al 53,68% en términos relativos al rango de precios. De esta manera, los otros umbrales críticos de reducción de probabilidad de ganar la licitación serán equivalentes a 63,79%, 63,88% y 73,99% respectivamente. Visto de esta manera, el cartel puede permitirse unos márgenes de error con respecto a la oferta esperada de CC extremadamente amplios.

En conclusión, se ha demostrado que, aun incorporando errores de pronóstico por parte del ente coludido, es posible modelar un mecanismo bajo supuestos plausibles en los que se demuestra que no solamente es posible explicar los datos efectivamente observados a la luz de un acuerdo, sino que sólo bajo márgenes de error significativamente importantes dichos actores verían afectada la posibilidad de actuar exitosamente en favor de quedarse con la licitación.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio elaboró un modelo de comportamiento de los agentes de la licitación el

cual tenía como objeto establecer un respaldo matemático frente a la conducta colusoria de los investigados.

En este escenario, la autoridad administrativa concluyó que en la mayoría de los escenarios planteados en dicho método y debido al acuerdo colusorio entre las partes, se incrementó la probabilidad a favor del Consorcio Vial Colombiano de resultar adjudicatario de la licitación pública.

Ahora, la citada resolución precisó que la construcción del llamado método tenía como finalidad confirmar la tesis sostenida por la Delegatura para la Protección de la Competencia sobre la existencia de colusión. En efecto, se dijo:

*“[...] No obstante, esta Superintendencia considera relevante evaluar además el dictamen pericial que obra dentro del expediente, el cual es citado por los apoderados en sus escritos de opiniones al Informe Motivado y que según ellos desvanece cualquier posibilidad de colusión en el caso concreto. **Vale reiterar que con las pruebas de carácter cualitativo ya analizadas, es suficiente para determinar la existencia de una conducta sancionable y que el siguiente ejercicio tiene como fin la confirmación de la tesis sostenida por la Delegatura y apoyada por este Despacho**”* (Destacado nuestro)

Para la Sala, resulta claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de organismo técnico y especializado (artículo 1º del Decreto 2153 de 1992³⁷) cumple funciones relacionadas con la protección de la libre competencia, y en consecuencia, al momento de expedir el correspondiente acto administrativo sancionador, debe efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas dentro del procedimiento administrativo sancionador.

Por ello, contrario a lo afirmado por los recurrentes, la Superintendencia de Industria y Comercio, al efectuar una *“argumentación econométrica”*, a través del cual se apartó de las conclusiones del peritaje practicado en la actuación administrativa, no creó un *“nuevo dictamen pericial”* sino que efectuó una valoración probatoria de la mencionada pericia, en su condición de organismo técnico que cuenta con los conocimientos especializados en esta materia.

³⁷ **ARTICULO 1o. NATURALEZA.** La Superintendencia de Industrio y Comercio es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal”.

Al respecto, conviene precisar que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, recoge el sistema de apreciación o persuasión racional en materia de valoración probatoria³⁸, al prescribir lo siguiente:

“ARTÍCULO 187. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”.

Tampoco resulta de recibo el argumento planteado por los recurrentes quienes insistieron en que los investigados no tuvieron la oportunidad de controvertir esta “nueva prueba”, ejerciendo sus derechos de defensa y contradicción, pues el recurso de reposición era el instrumento idóneo para debatir la valoración probatoria efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo cual pudieron hacer valer las pruebas útiles, pertinentes y conducentes con el fin de controvertir el modelo elaborado por la autoridad de la protección de la competencia en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011.

Así mismo, como se advirtió anteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio llegó al convencimiento de la existencia de la práctica colusoria, a partir de una valoración en conjunto de las pruebas oportunamente decretadas y practicadas en la actuación administrativa, y no sólo con fundamento en el “modelo econométrico” que realizó en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011.

VI.4.2.1.5.- Ahora bien, se tiene acreditado que el apoderado de la parte demandante solicitó la práctica de un dictamen pericial³⁹ sobre los métodos de evaluación técnica utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011 y que llevaron a la autoridad de la competencia a apartarse del dictamen pericial rendido por el perito, es decir,

³⁸ López Blanco, Hernán Fabio, 2019, Pruebas, Dupre Editoriales S.A., indica: “La expresión ‘sana crítica’ conlleva la obligación para el juez de analizar en conjunto el material probatorio para obtener, aplicando las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, la certeza sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda, tema acerca del cual nos parece atinado el resumido análisis que realiza Casimiro Varela quien luego de resaltar que la expresión se utiliza en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, constituye un concepto no definido por la ley ni tratado con claridad por la doctrina advirtiendo que “Algunos fallos la identifican con la lógica, otros con el buen sentido, con la crítica o el criterio racional, la rectitud y sabiduría de los jueces. La Sana crítica implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis” (páginas 127 y 128).

³⁹ Folio 33 del cuaderno principal de la demanda.

la llamada “argumentación econométrica”, para lo cual formuló la siguiente petición:

“[...] 7.3. DICTAMEN PERICIAL: Respetuosamente solicito al Honorable Tribunal se sirva decretar la práctica de un dictamen pericial sobre los métodos de evaluación técnica utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio en su nuevo experticio realizado con bases econométricas en la Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011 y 030 del 5 de enero de 2012, para apartarse del dictamen pericial decretado y practicado dentro de la actuación administrativa por el Ingeniero JAIME ENRIQUE VARELA”.

Por su parte, el Tribunal en la primera instancia⁴⁰, accedió al decreto de la prueba pericial, en los siguientes términos:

“[...] 3. Decrétase el dictamen pericial solicitado en el acápite de pruebas de la demanda” (Folio 33 del cuaderno principal).

El dictamen pericial decretado en primera instancia fue allegado al proceso el 26 de abril de 2013⁴¹, el cual tuvo como objeto el análisis comparativo de la pericia elaborada por el perito Jaime Enrique Varela y el análisis efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011.

Nótese que dicho dictamen pericial aunque hace referencia a un “análisis econométrico” que parece hacer alusión a la Resolución 64400 de 16 de noviembre de 2011, lo cierto es que tomó como punto de referencia las conclusiones formuladas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el **auto de apertura No. 44008 de 24 de agosto de 2010**, ente que tal y como se indicó en el acápite No. VI.4.2.1.1. del análisis de pruebas precedente, efectuó un ejercicio de simulación con el fin de determinar si con las propuestas presentadas por las investigadas se presentaba alguna ventaja sobre la probabilidad de adjudicación de la licitación para al menos una de las partes, cuyas conclusiones finalmente no fueron valoradas por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011,⁴² tal y como se observa a continuación:

⁴⁰ Auto del 18 de septiembre de 2018 (Folios 444 y 445 del cuaderno principal).

⁴¹ Folios 558 a 568 del cuaderno principal.

⁴² Folio 2317 del Cuaderno No. 7 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal contentivo del expediente No. 07-106011.

*[...] A continuación se realizará un comparativo del análisis pericial solicitado por la parte investigada realizado por el ingeniero industrial Jaime Enrique Varela Navarro, profesor del Departamento ingeniería industrial Universidad de los Andes durante el proceso de investigación, y **la prueba pericial solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio de manera unilateral.***

1. *La conclusión obtenida por el Ingeniero Industrial Jaime Enrique Varela Navarro fue la siguiente:*

*“En estas tres posibilidades que han sido evaluadas, no solo de los rangos del 90% hasta el 92.7% como valor posible ofertado por Concreto, se concluye que los tres proponentes podrían haber resultado ganadores en las tres alternativas de promedio”. “De las explicaciones anteriores sobre fenómenos probabilísticos, surge la pregunta de si la participación en una licitación de parte de uno de los concursantes es un fenómeno probabilístico; **claramente la respuesta es NO**”. “No se trata de un evento que se pueda reproducir o se pueda repetir. Un proponente no presenta sus cálculos de valor de la oferta como un fenómeno aleatorio de tal forma que pueda presentar valores con la misma probabilidad desde el intervalo inferior de precio hasta el intervalo superior de precios”. Es obvio que la respuesta es no, por lo cual la supuesta estrategia de colusión queda imposible de probar solo con esta información de valores que presentaron los dos consorcios de la controversia. **Adicionalmente, no es posible conocer cual (sic) es la distribución de probabilidad de otros concursantes en lo que se refiere a sus costumbres y formas de presentar los precios en una licitación**”.*

2. *En relación con las pruebas periciales elaborada por la superintendencia mencionada en la resolución número 64400 en el cual se busca probar la colusión la cual consiste en restringir la competencia (entendida esta según el artículo 27 de la Ley 1474 de 2007 como `selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual”).*

“En detalle, al comparar los dos escenarios (competitivo y colusorio), se tiene que para los mecanismos de media geométrica y media aritmética, la probabilidad que Consorcio Oriente resulte adjudicatario con la propuesta del 90% del presupuesto total, es aproximadamente cuatro puntos porcentuales superior en el caso competitivo. Para la media aritmética alta la probabilidad es aproximadamente un punto porcentual superior bajo libre competencia.

Por otro lado, se observa que el acuerdo incrementa la probabilidad de ganar la licitación para Consorcio Vial Colombiano, una propuesta del 92.82% del presupuesto total, para cuatro de los cinco mecanismos contemplados por FONADE. El único mecanismo para el cual esto no se cumple es para la propuesta más baja, puesto que en el escenario colusorio, el consorcio Vial Colombiano sabrá con certeza que habrá al menos una propuesta menor a la suya y por tanto nunca podrá ganar.

Se observa en particular, que para los mecanismos media geométrica, media aritmética y media aritmética alta, la probabilidad de que Consorcio Vial Colombiano resulte adjudicatario se incrementa en aproximadamente 20 puntos porcentuales cuando se pasa al escenario competitivo al escenario colusorio; en el caso de la media aritmética, el incremento de cinco puntos porcentuales⁴³.

Concluyó la Delegatura que las personas naturales investigadas presuntamente habrían incurrido en infracción del artículo nueve de la ley 155 de 1959 y numeral nueve del artículo 47 del decreto 2153 de 1992`

Cabe destacar que para el Grupo B se presentaron cinco proponentes, así:

1. Unión intemporal construcción vial
2. Ingeniería de vías S.A.
3. Consorcio vial colombiano
4. Consorcio oriente
5. Conconcreto S.A.

El proponente Unión Temporal Construcción Vial no cumplió con los requisitos técnicos y no fue habilitado para continuar en el proceso y el proponente Ingeniería de Vías S.A. que cumplía con todos los requisitos que fue habilitado para el Grupo C adjudicándole dicho contrato por lo tanto Ingeniería de Vías S.A fue excluido del Grupo B quedando así sólo tres proponentes,

Dicho lo anterior el análisis econométrico debió realizarse en un principio con los proponentes inscritos en una primera fase, dicho resultados alterarán cualquier argumentación econométrica y cualquier metodología utilizada para la evaluación de dichos proponentes. Con cinco proponentes los diferentes mecanismos de evaluación hubieran cambiado sustancialmente, con sólo tres proponentes es de esperarse que el proponente que quedaría por fuera de la licitación, observando de manera superficial sería que el proponente que tuviera la propuesta económica superior puesto que siendo la metodología está basada en promedios y cercanías inferiores es de esperarse que suceda. Sabiendo que no es posible conocer la distribución de probabilidad de todos los concursantes y lo que se refiere a sus costumbres y forma de presentar los precios de una licitación, hay una falencia en cuanto a los datos y que estos sirvan como herramienta para hacer un análisis econométrico objetivo y confiable. [...]

La construcción del modelo econométrico está sujeto conjunto de variables que pueden atentar contra el buen resultado de la inferencia que dependen de la calidad de los datos, cantidad y especificación. También es importante mirar las diferentes hipótesis que se pueden manejar en torno a la realización del modelo, en este caso se realizó la hipótesis o supuesto en los cuales habrían tres proponentes, siendo ésta una de las razones

⁴³ Dichas conclusiones aparecen consignadas en el Auto de Apertura No. 44008 de 24 de agosto de 2010, folio 2320, Cuaderno No. 7 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal.

por las cuales el modelo puede variar significativamente en cuanto a sus resultados. También cabe destacar que dentro de dicho supuesto la colusión pudo haber sido entre cualquiera de los dos proponentes afectando resultado por lo cual afectando a un tercero.

[...]

La Delegatura hace referencia al ejercicio de simulación realizado por la Superintendencia señalando los (sic) siguiente:

(Destacado de la Sala).

El mencionado dictamen, tomó, además, los valores de referencia de las conclusiones efectuadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el auto de apertura⁴⁴, conforme se analiza a continuación:

**CUADRO No 1
VALORES SEGÚN MECANISMO DE EVALUACIÓN**

No	METODOLOGÍA	VALOR \$
1	MEDIA GEOMETRICA	\$ 8.835.463.186
2	MEDIA ARITMETICA	\$ 8.840.860.544
3	MEDIA ARITMETICA ALTA	\$ 9.046.154.722
4	MEDIA ARITMETICA BAJA	\$ 8.671.580.273
5	MENOR PRECIO	\$ 8.502.300.002

Así, el mencionado dictamen llegó a la siguiente conclusión:

**CUADRO 2
GANADORES SEGÚN MECANISMO DE EVALUACIÓN**

PROponente	PROPUESTA/PRECIO MENOR	MEDIA GEOMÉTRICA	MEDIA ARITMÉTICA	MEDIA ARITMÉTICA ALTA	MEDIA ARITMÉTICA BAJA
CONSORCIO VIAL COLOMBIANO	\$ 8.768.832.731	99,25	99,19	96,93	101,12
CONSORCIO ORIENTE	\$ 8.502.300.002	96,23	96,17	93,99	98,05
CONCRETO S.A.	\$ 9.251.448.900	104,71	104,64	102,27	106,69

Fuente: Cálculos propios con datos de resolución No. 64400 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁴⁴ Folio 2318 del Cuaderno No. 7 del CD obrante a folio 546 del cuaderno principal contentivo del expediente No. 07-106011.

“[...] A diferencia con lo mencionado por la Superintendencia, el CONSORCIO ORIENTE hubiera ganado en dos de los cinco escenarios posibles de evaluación, respecto al menor precio y con respecto a la media aritmética baja; el CONSORCIO VIAL COLOMBIANO hubiera ganado en el mecanismo de evaluación: media geométrica, media aritmética y media aritmética alta.

Es de esperarse que CONCONCRETO S.A. con la propuesta económica más alta no hubiese entrado dentro de los rangos en los cuales están habilitadas las propuestas. Al tener el valor mayor es de esperarse que no esté debajo de ningún promedio, por lo tanto cualquier proponente que hubiere efectuado una propuesta por debajo del valor de CONCONCRETO S.A. hubiera tenido más probabilidad de resultar adjudicado independientemente del comportamiento de sus competidores.

[...]

Para que Consorcio Vial colombiano supiera que iba a ganar, debía conocer la propuesta de CONCONCRETO S.A. También es relevante mencionar que si hubiera existido un comportamiento conjunto del Consorcio Vial Colombiano y el Consorcio Oriente, este, no hubiera afectado la no escogencia de CONCONCRETO S.A. dentro de la licitación y es de destacar que no existen elementos suficientes para realizar un estudio objetivo por medio de datos cuantitativos sobre las propuestas efectuadas por los proponentes en dicha licitación, para realizar un estudio sobre colusión entre los proponentes.

DESDE EL PUNTO DE VISTA CUANTITATIVO DENTRO DEL ANÁLISIS REALIZADOS (SIC) SE PUEDE CONCLUIR QUE NO HUBO COLUSIÓN [...] (Subrayado es original).

Por su parte, se tiene acreditado dentro del proceso que la Superintendencia de Industria y Comercio **objetó el dictamen por error grave**⁴⁵, para lo cual adujo:

“[...] De esta apreciación se advierte que el perito parte de una premisa errada, ya que esta Superintendencia en ningún momento efectuó un trabajo de inferencia estadística (p.ej. regresión lineal), de tal manera que al aplicar los criterios del análisis mediante inferencia estadística, a un análisis económico que no se llevó en esa misma línea, se evidencia que la conclusión del dictamen no es acertada, por cuanto parte de premisas que no eran aplicables a estudio que se pretendía controvertir.

*Para poner en evidencia lo errado y falso de las premisas y conclusiones a las que llegó el dictamen pericial que aquí se objeta, consideramos necesario precisar que esta Superintendencia **elaboró un modelo basado en herramientas provistas por la teoría de los juegos (rama de la microeconomía)** para tratar de replicar la observación obtenida en la licitación.*

⁴⁵ Folios 621 a 625 del cuaderno principal.

[...]

Así las cosas, resulta flagrante la falta de coherencia entre el análisis económico efectuado por mi defendida – que se pretendía desvirtuar con la prueba objetada- con el utilizado por el perito.

Como ya se advirtió el perito abordó el caso a partir de la denominada “estadística inferencial”. Dicho método no fue utilizado por mi defendida. De hecho, brilla por su ausencia análisis alguno relacionado con la teoría de Juegos, lo cual evidencia que la prueba objetada no solo partió de una premisa errada, sino que aplicó un procedimiento o método que no guardaba relación alguna con el análisis de mi defendida y como consecuencia de esa ausencia manifiesta de coherencia, tampoco se sirvió el fin efectivo perseguido por el accionante de desvirtuarlo, LLEVANDO A UNA CONCLUSIÓN IGUALMENTE ERRADA Y/O FALSA.

Lo correcto habría sido que el perito hubiese controvertido la aplicación de un modelo a partir de la teoría de juegos, que lo llevara a una u otra conclusión y no la aplicación de métodos que nada tienen que ver con el análisis económico que se buscaba controvertir y que derivan en la objeción por error grave.

En efecto, considera esta Superintendencia que ante la omisión absoluta del dictamen en lo relativo a la Teoría de Juegos y al modelo econométrico utilizado por mi prohijada para declarar la colusión, el dictamen no se sirvió a los fines que sustentaron su decreto, sino simplemente a la emisión de una opinión superflua, parcial e incompleta de los hechos objeto de experticia, que hace que la prueba se encuentre inmersa en un protuberante error que sustenta la presente objeción [...]”. (Destacado es de la Sala).

A su vez, el apoderado de los demandantes⁴⁶ se pronunció sobre las objeciones presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el siguiente sentido:

“[...] El apoderado de la parte demandada pretende inducir a error al Honorable Magistrado, argumentando que el dictamen pericial rendido por el perito Antonio Garavito Rodríguez carece de los especiales conocimientos `científicos, técnicos o artísticos`, dejando de lado que el mencionado perito fue designado por el Honorable Tribunal, dejando de lado que **el mencionado perito fue designado por el Honorable Tribunal, en cual se encuentra inscrito en la lista de auxiliares de la justicia de la Rama Judicial, de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos 1518 de 2002, 7339 y 7490 de 2010 y 8208 de 2011 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de modo que la idoneidad profesional del perito fue calificada por el citado organismo judicial, no siendo esta la oportunidad para cuestionar la idoneidad y conocimientos del perito.**

⁴⁶ Folios 629 a 634 del cuaderno principal.

[...]

No es verdad que el perito haya incurrido en una falta de identidad del objeto de la prueba. El dictamen pericial solicitado por los demandantes y decretado por el Honorable Magistrado, tiene como propósito fundamental la verificación de la idoneidad en la aplicación de los métodos utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio al realizar los nuevos experticios con bases econométricas, para apartarse de las conclusiones decretado por esa misma entidad durante la actuación administrativa y que fuera rendido por el perito que ella misma designó, ingeniero Jaime Enrique Varela. Así se desprende del texto de la solicitud hecha en el acápite de las pruebas de la demanda cuando reza `... decretar la práctica de un dictamen pericial sobre los métodos de evaluación técnica utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio en su nuevo experticio con bases econométricas...`.

[...]

El análisis del perito y las conclusiones de su dictamen, son completamente acertadas y concuerdan con las razones que en su momento motivaron la interposición de los recursos de reposición por parte de los investigados contra la Resolución 64440 del 16 de noviembre de 2011 donde apareció la nueva prueba pericial realizada por el señor Superintendente de Industria y Comercio, recursos en los que precisamente se argumentó la falta de credibilidad de los resultados de los métodos utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio con bases econométricas, por cuando no estaban teniendo en cuenta la información completa, esto es, la (sic) simulaciones no tenían en cuenta el total de proponentes que se presentaron para el `Grupo B` de la licitación adelantada por FONADE.

Aunado a lo anterior, es del caso traer a colación las conclusiones del concepto técnico elaborado por el Ingeniero Ciro Alberto Amaya y que fue relacionado como prueba en los anexos de la demanda (numera 7.1.26 del acápite de pruebas), donde al referirse a los modelos empleados por la Superintendencia de Industria y Comercio concluye que: "El modelo de simulación empleado para el análisis no es Creíble debido a que este no puede ser considerado como válido (sic) por los supuestos empleados. Es decir, se llega a conclusiones erróneas, producto de supuestos equivocados, posiblemente por falta de conocimiento de quienes desarrollaron estos `modelos`.

El profesional también se pronuncia de manera concreta sobre las fórmulas econométricas utilizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, concluyendo que `... tampoco es válida la utilización de este modelo, pues parte de supuestos erróneos`, llegando así conclusión general de que `El modelo de simulación y el modelo probabilístico no demuestran que las partes se pusieron de acuerdo; es decir, tratar de forzar unas conclusiones y resultados en base a supuestos erróneos constituyen errores aún más graves` (Destacado nuestro)

Ahora bien, esta Corporación⁴⁷ ha señalado que la eficacia probatoria de un dictamen requiere que:

*“[...] el perito informe de manera razonada lo que sepa de los hechos, de acuerdo con sus conocimientos especializados; (ii) **el dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas**, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) el perito sea competente, es decir, un experto para el desempeño del cargo; (iv) no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) **no se haya probado una objeción por error grave**; (vi) **el dictamen esté fundamentado y sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia de las razones expuestas**; (vii) sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) se haya surtido la contradicción; (ix) no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) **otras pruebas no lo desvirtúen**; (xi) sea claro, preciso, detallado y especifique los exámenes, experimentos e investigaciones realizadas”*
(Destacado de la Sala)

Cabe destacar que de conformidad con el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil las partes pueden formular objeción por error grave, entendido como aquel que *“[...] haya sido determinante de las conclusiones a que hubieran llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”*. Prescribe la norma:

“ARTÍCULO 238. *Contradicción del dictamen. Para la contradicción de la pericia se procederá así:*

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

[...]

*4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, **por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.***

[...]” (Destacado fuera de texto)

Esta Corporación ha señalado que la objeción del dictamen pericial por error grave procede en aquellos eventos en los cuales el peritaje se construye sobre unas bases equivocadas de tal envergadura que las conclusiones resultan

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, Número de Radicado: 19001 2331 000 2010 01121 01, actor: Bernardo Monsalve Varela, demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, acción: reparación directa, Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Pazos Guerrero.

también erradas, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, cuando **la pericia recae sobre materias, objetos o situaciones distintas a aquellas sobre las cuales debe recaer el dictamen** o cuando se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado. Así vista, la objeción por error grave se refiere al objeto del peritaje y no a las conclusiones a las que llegó el perito. Sobre el particular⁴⁸ ha señalado:

*“[...] Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. **En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos. [...] La Sala precisa que el error grave procede, entonces, en aquellos eventos en los cuales el dictamen incurra en ostensibles yerros entre lo que era su objeto y lo realmente estudiado, de lo que se sigue que el perito ha ido en contra de la naturaleza o la esencia del objeto de prueba, contraponiéndolo con la realidad. Por lo tanto, el error debe presentarse en el proceso de elaboración de la prueba y no en las conclusiones de la misma, pues estas últimas son resultado del proceso de confección de la experticia, por lo cual es la alteración de la realidad en el mismo lo que conduce a una equivocación que devenga en conclusiones equivocadas”** (Destacado fuera de texto).*

Para la Sala, el dictamen pericial decretado en la primera instancia está afectado de **error grave**, como quiera que recayó sobre un objeto distinto para el cual fue decretado, en tanto que el mismo tomó como base las conclusiones a las que llegó la Delegatura para la Protección de la Competencia en el auto de apertura de la investigación y no las conclusiones efectuadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, al construir el modelo de “*argumentación econométrica*”.

Colofón de lo anterior, se observa que los demandantes, dentro de las oportunidades procesales, pudieron formular aclaraciones o adiciones del

⁴⁸ Sentencia del 17 de mayo de 2018, Número de Radicado: 15001-23-31-000-2006-01363-01, actor: Einaldo Lozano Gallo, Leonor Gallo De Lozano, María Leonilde Lozano de Higuera, María Lucía Lozano Gallo, María Rita Lozano Gallo y Ezequiel Lozano Gallo; demandado: Municipio de Duitama – Boyacá- Magistrado Ponente: Doctora Rocío Araujo Oñate ((S5 Descongestión Acuerdo 357/2017).

dictamen rendido, con el fin de ejercer el derecho de defensa y de contradicción, sin embargo, analizado el plenario se advierte la ausencia de dicho pedimento.

Por tal razón, la Sala estima que el dictamen pericial rendido en la primera instancia no es un medio de prueba idóneo para demostrar los hechos en que se soporta la demanda, pues de acuerdo con lo expuesto, incurre en error grave, en tanto que recayó sobre un objeto distinto sobre el cual debió recaer la pericia.

VI.4.2.1.6.- Ahora bien, cabe destacar que los recurrentes cuestionaron que el Tribunal de instancia no tuvo en cuenta los elementos de prueba decretados en la primera instancia, así:

VI.4.2.1.6.1.- En primero término, los impugnantes se **refirieron al concepto técnico elaborado por el Ingeniero Ciro Alberto Amaya⁴⁹**, aportado junto con la demanda, el cual al referirse al “*modelo econométrico*” empleado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 64400 de 16 de noviembre de 2011, indicó:

Caso 2. Sobre el “análisis econométrico” utilizado por la Delegatura

En la resolución 64400, página 34, se presenta una supuesta⁷ “argumentación econométrica” la cual calcula una fórmula que establece la mejor respuesta para CVC (Consortio Vial Colombiano) (B en la notación de este documento), ante cada uno de los valores que CC (Concreto) (C en la notación de este documento) propondría. Tal fórmula establece el valor más costoso para el cual CVC ganaría la licitación (ver Caso 1, de la Parte 1 de este documento).

La fórmula podría ser utilizada para calcular el valor que CVC debería licitar, dado que CVC conoce lo que va a licitar CC. Situación que no es conocida por CVC al momento de realizar la propuesta de licitación.

Sin embargo la fórmula sí podría ser utilizada para calcular el valor esperado de “la mejor respuesta de precio” (la fórmula es la siguiente, usando la notación empleada en este documento)

$$p_2 = \frac{\sqrt{aC}}{5} + \frac{5a+3C}{10} \quad (\text{Tomada de la Resolución 64400, pg 34 y posteriores})$$

Sin embargo para calcular ese Valor Esperado es necesario saber la distribución de probabilidad de C, la cual no conocemos (ver Parte 2 de este documento).

Si C tuviera una distribución Uniforme entre (90% , 100%) (ver Caso 1, Parte 1 de este documento) El valor esperado sería:

$$E(p_2) = \frac{\sqrt{a}}{5} + \frac{3/2\sqrt{100} - 3/2\sqrt{90}}{15} + \frac{5a+3(95)}{10}, \text{ con } a = 90 = \mathbf{91.991}$$

Es importante notar que dicho Valor Esperado supone que hay sólo tres empresas, y que el valor de m (el mínimo) es conocido. Si hay más de tres empresas, el valor antes mencionado no estaría bien calculado.

⁴⁹ Folios 352 a 366 del cuaderno principal.

30

Cuando se emplea un modelo matemático los supuestos empleados deben ser validados, para que el modelo represente la realidad y pueda ser empleado para el análisis.

El modelo probabilístico empleado por la Delegatura tiene algunos supuestos que no representan la realidad:

1. El número de empresas que podían haberse presentado era 17, finalmente se presentaron 5. El modelo sólo analiza una situación con 3 empresas.
2. El modelo supone que CVC conocía con anticipación el valor que cotizarían A y C (las otras dos empresas)
3. El modelo supone que p_3 (c en la notación de este documento) se comporta de acuerdo a una distribución de probabilidad Uniforme (90%, 100%), es decir como en un juego al azar estilo ruleta
4. El modelo supone que todos los "jugadores" se comportan de la misma manera (con la misma distribución de probabilidad). Cada empresa puede tener un comportamiento diferente (ver Ilustración 6)

En conclusión, tampoco es válida la utilización de este modelo, pues parte de supuestos erróneos.

En este orden, los conceptos aportados por las partes de que tratan los artículos 10 (numeral 1º) de la Ley 446 de 1998⁵⁰ y 183 del Código de Procedimiento Civil⁵¹, a diferencia de los dictámenes periciales, se elaboran por fuera del proceso por profesionales escogidos por las partes y no por el juez; su incorporación al proceso se efectúa de la misma manera en que se aportan las pruebas documentales, y su contradicción no se ejerce dentro del término del traslado de 3 días sino en las oportunidades procesales previstas en el procedimiento contencioso administrativo.

En relación con los conceptos técnicos, ha señalado la Corte Constitucional⁵² lo siguiente:

⁵⁰ "ARTÍCULO 10º. *Solicitud, aportación y práctica de pruebas.* Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

⁵¹ "ARTÍCULO 183. **OPORTUNIDADES PROBATORIAS.** ><Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los <sic> términos y oportunidades señalados para ello en este código.

Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente [...]"

⁵²Corte Constitucional, sentencia T-417 de 2008, magistrado: Marco Gerardo Monroy Cabra

[...] 15. Nótese que las experticias técnicas que hacen referencia éstas no son los mismos dictámenes periciales regulados en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil, ni los informes técnicos de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 243 del mismo estatuto procesal, por cuanto no se practican por mandato judicial, ni en el curso de una actuación judicial que impliquen intervención del juez, ni están sometidos a las ritualidades de posesión, recusaciones e impedimentos que sí se exigen para los peritos. **Por el contrario, este tipo de pruebas se origina en un encargo de la parte que lo escoge y sin la intervención judicial que delimite su práctica y su contenido, pues ello corresponde a una solicitud previa al proceso.**

La incorporación de los conceptos técnicos se efectúa válidamente de la misma manera que se aportan al proceso las demás pruebas documentales, puesto que el Código de Procedimiento Civil expresamente señala que podrán ser aportados en las oportunidades procesales correspondientes para solicitar pruebas (demanda, complementación de la demanda, solicitud de excepciones, contestación de la demanda y escrito que contesta las excepciones).

En cuanto a la contradicción de los conceptos técnicos se tiene que no se ejerce mediante el traslado de 3 días, como ocurre en la prueba pericial, sino en las oportunidades previstas en el procedimiento para que la contraparte manifieste su oposición y sus razones para restar credibilidad al mismo. Por esa misma razón, la validez de su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se aprecian en conjunto, pues al igual que el dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar las pruebas técnicas y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, en tanto que es al juez, y no al perito o al profesional especializado, a quién corresponde administrar justicia y resolver la controversia que se somete a su decisión final. De esta forma, es evidente que aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento. (..)”⁵³ (Destacado de la Sala).

Para la Sala, el concepto técnico *per se* resulta insuficiente para demostrar la inexistencia de prácticas restrictiva de la libre competencia, pues las conclusiones en él contenidas quedan desvirtuadas con la valoración en conjunto de las demás pruebas que fueron valoradas oportunamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues tal y como se indicó, la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en las similitudes encontradas entre las propuestas encontradas y evaluadas por la autoridad de la competencia, por lo que, el llamado “*modelo econométrico*” no fue la única prueba

⁵³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia del 11 de marzo de 2003, expediente n.º 17986, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

determinante para verificar la existencia de las prácticas contrarias a la libre competencia, tal y como quedó consignado *ab initio* en el acápite VI.4.2.1.4. de esta providencia.

VI.4.2.1.6.2.- En segundo lugar, se tiene que en la primera instancia se practicaron los siguientes testimonios:

a) El testimonio de la señora **Tatiana del Carmen Otero Garcés**⁵⁴, en su calidad de representante legal y Directora Jurídica de la firma Conconcreto S.A., quien informó que para la fecha de adjudicación del contrato no tenía la calidad de Directora Jurídica de la firma Conconcreto S.A. y sobre los hechos que le constan indicó:

“[...] PREGUNTADO: Sírvase decirnos de manera precisa y concisa lo que usted le conste sobre la expedición de las resoluciones números 64400 del 16 de noviembre de 2011 y 030 del 5 de enero de 2012 por medio de las cuales se impusieron unas sanciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio entre otras contra la constructora MP S.A., ML Ingenieros S.A y las personas naturales Jaime Alberto Marín Morales, Horacio Vega Cárdenas y Jorge Díaz Murcia. CONTESTÓ: Primero que todo aclaro que para el año de la adjudicación de la licitación de la reconstrucción y pavimentación y/o repavimentación del programa de infraestructura y desarrollo regional plan 2500 no estaba yo en calidad de directora jurídica en Bogotá, sin embargo antes de asistir a esta audiencia hablé con el director de la época, el Dr. Rafael Low, entiendo que en el momento de la adjudicación hubo inconformidades por parte de Conconcreto, empresa que represento, pues se presumía que había irregularidades en el proceso de adjudicación de la misma licitación y así lo hizo saber Conconcreto durante la audiencia [...] Entiendo que durante el proceso, mi representada se pronunció de manera escrita, no solamente haciendo observaciones al proceso de evaluación, sino durante todo en transcurso del proceso, no podría ser precisa en cuál fue cada una de las observaciones presentadas, pero entiendo que cursan en el mismo proceso licitatorio porque fueron por escrito. [...] la entidad se pronunció en el momento de la adjudicación porque consideró que había irregularidad en el proceso, en el proceso mismo, y de hecho en este sentido se pronunció, como era su deber legal y entiendo que era lo que en su momento se comentaba al momento de la adjudicación, hasta ahí sé [...] Yo no conozco el acta de conciliación, debe estar dentro del expediente y ahí deben constar todas las razones de por qué la conciliación de ese momento [...]”.

⁵⁴ Folios 466 a 469 del cuaderno principal.

b) El testimonio de la señora **María Fernanda Pérez Valencia**⁵⁵, en su calidad de asesora jurídica del FONADE, quien aseguró que no tuvo participación directa en los hechos de esta demanda, pues no era funcionaria de esa entidad. En lo pertinente dijo:

“[...] PREGUNTADO: Sírvase decirnos si usted tuvo conocimiento de la expedición de las resoluciones 64440 de 2011 y 30 de 2012 de la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de las cuales se le impusieron unas sanciones a Constructora MP S.A., ML Ingenieros y Otros, en caso afirmativo, se servirá indicarnos las circunstancias y las razones de su conocimiento. CONTESTÓ: Sí señor Magistrado, a finales del año 2012 y en virtud de la citación recibida de su despacho tuve conocimiento de estas actuaciones administrativas por cuanto debía proceder a revisar la documentación para presentarme a dar cumplimiento a la citación contenida en telegrama de octubre 6 del año pasado, por lo tanto, solicité la documentación que reposaba en la entidad y así mismo recibí una copia del Dr. Luis Fernando Alvarado Ortiz mediante la cual presenta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los citados actos administrativos, esto es todo lo que conozco

[...]

PREGUNTADO: ¿Cuál es el papel de la asesoría jurídica o del departamento de contratación de FONADE frente a circunstancias que puedan afectar la libre competencia en los procesos licitatorios que ante ella se adelantan?

CONTESTÓ: Como es el deber de todo funcionario público, es más, de todo ciudadano, tan pronto como uno tenga conocimiento de un hecho que pueda ser constitutivo de un delito o pueda llegar a afectar el patrimonio público debemos ponerlo en conocimiento de las autoridades pertinentes como en este caso ocurrió.

[...]

PREGUNTADO: Pero hay algún criterio o forma de determinar cuáles de esos visitantes podrían ser proponentes dentro del proceso licitatorio. CONTESTÓ. El criterio que existe es que quien no va a la visita no puede participar porque es un requisito habilitante. PREGUNTADO. Pero de los que van. CONTESTÓ: Es imposible ser adivino para determinar quién va a participar y quién no. Igual como les digo no soy la persona que tiene esas competencias [...]

En todo caso, los testimonios antes analizados, no tienen la fuerza suficiente para desvirtuar el análisis probatorio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios, en tanto que los mencionados testimonios: i) no tuvieron una participación directa en los

⁵⁵ Folios 470 a 473 del cuaderno principal.

hechos objeto de esta demanda, y ii) sus declaraciones no desvirtúan las conclusiones efectuadas por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia, la cual se sustentó en el conocimiento previo de los investigados en la etapa previa en la presentación de las propuestas, las coincidencias presentadas en las propuestas presentadas por los consorcios y, la estrategia de los investigados en un escenario colusorio, a partir del modelo de “*argumentación econométrica*” tantas veces mencionado.

Por las razones anotadas, para la Sala el cargo relacionado con la violación al debido proceso, no está llamado a prosperar, en síntesis, por las siguientes razones:

i) La Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa encargada de velar por la protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia, debe valorar las pruebas aportadas en la actuación administrativa, de acuerdo con el conocimiento técnico que tiene, de tal manera que a partir de un ejercicio de valoración probatoria, formuló un “*modelo econométrico*” para apartarse de las conclusiones de la prueba pericial practicada durante la etapa de instrucción por la Delegatura para la Protección de la Competencia, por lo que, el mismo no puede considerarse como una nueva pericial;

ii) La decisión sancionatoria se fundó en las pruebas oportunamente practicadas y decretadas dentro de la actuación administrativa, frente a las cuales, los demandantes tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y de contradicción;

iii) Las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las conclusiones de la valoración probatoria efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercio a través del recurso de reposición, para lo cual, podían aportar elementos de prueba idóneos para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, al proponer el modelo de “*argumentación econométrica*” antes descrito;

iv) El dictamen pericial decretado en primera instancia rendido por perito adolece de error grave, en tanto que versó sobre una materia u objeto diferente para el cual fue decretado, es decir, se refirió al ejercicio de simulación que efectuó la

Superintendencia de Industria y Comercio en el auto de apertura y no al “*modelo econométrico*” que sustentó la decisión sancionatoria.

v) El concepto técnico *per se* no es una prueba que goza de la fuerza persuasiva suficiente para desvirtuar el análisis efectuado por la Autoridad Nacional de la Competencia sobre la inexistencia de un acuerdo contrario a la libre competencia.

vi) Los testimonios decretados en la primera instancia no desvirtúan el análisis probatorio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios.

Ahora, contrario a lo afirmado por los recurrentes, la Superintendencia de Industria y Comercio no incurrió en desviación de poder, pues el procedimiento administrativo sancionador se realizó en estricto cumplimiento de los deberes a su cargo en materia de protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia y no se acreditó que la autoridad administrativa actuara con el propósito de alcanzar una finalidad torcida y contraria a los intereses públicos o sociales o a aquellos específicos que buscó satisfacer el legislador al otorgar la respectiva competencia. Esta Sala⁵⁶, en relación con la desviación de poder indicó:

“[...] Con todo, para la Sala es importante indicar que la desviación de poder se configura: “cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”⁵⁷. Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto”⁵⁸ [...]”.

VI.4.2.2.- Violación a la honra y al buen nombre

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Sentencia de tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00359-00, 11001-03-24-000-2007-00369-00 Y 11001-03-24-000-2007-00373-00 (ACUMULADOS).

⁵⁷ Ver Sentencia C-456 de 1998.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de diciembre de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 11001-03-24-000-2013-00328-00.

Los recurrentes insistieron en la afectación a la honra y buen nombre los cuales fueron desconocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio al publicar el boletín de 7 de diciembre de 2011, los cuales se encuentran reconocidos por diversos instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, pues la autoridad de la protección de la competencia expidió dicho comunicado de prensa, a pesar de que se encontraban pendientes de resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, pues la decisión aún no se encontraba ejecutoriada.

Como premisa normativa, el artículo 20 de la Constitución consagra el derecho que tienen las personas de expresar y difundir su pensamiento, la de recibir información veraz e imparcial y a la de fundar medios masivos de comunicación.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-155 de 2019, ha señalado que de la citada disposición constitucional se desprenden once elementos normativos diferenciables, a saber:

*“[...] (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) **La libertad de informar, que cubre tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información.** (d) **La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión.** Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional*

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.”

La libertad de información comprende el derecho a informar y el derecho a la información oportuna y veraz. Ahora, es frecuente que el derecho a la información pueda entrar en tensión con los derechos al buen nombre, honra y prestigio. Precisamente, las autoridades administrativas, dentro del marco de sus funciones tienen el deber de adelantar las investigaciones para determinar la existencia de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, y quien suministra información debe propender por garantizar el máximo equilibrio posible y respeto por los derechos a la honra y el buen nombre de los sujetos pasivos de las investigaciones, en su condición de derechos fundamentales que gozan de protección reforzada en el ordenamiento constitucional.

La honra, ha sido entendida como

“[...] la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana” y para que su afectación se configure “[...] Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. Por esta razón, la labor del Juez en cada caso concreto, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y el grado de proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una verdadera amenaza o vulneración del derecho en comento⁵⁹”.

Por su parte, el derecho al buen nombre se ve afectado cuando:

“[...] sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen⁶⁰”.

⁵⁹ T- 110 de 2015.

⁶⁰ *Ibíd.*

Cabe destacar que quedó probado que la Superintendencia de Industria y Comercio publicó el Boletín de Prensa del 7 de diciembre de 2011⁶¹, cuando se encontraba pendiente de resolver el recurso de reposición interpuesto por los demandantes en contra de la decisión sancionatoria. Del estudio de su contenido se lee lo siguiente:

“[...] Bogotá D.C., 7 de diciembre de 2011-. El pasado 16 de noviembre, la Superintendencia y Comercio impuso sanciones por valor de \$2.624.440.000 al encontrar que algunos de los oferentes de una licitación pública adelantada por FONADE, acordaron la forma en la que realizarían su participación con el fin de determinar quién sería el adjudicatario.

Mediante la Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio sancionó a las empresas Constructora M.P y M.L. Ingenieros, integrantes del Consorcio Vial Colombiano y a su representante legal el señor JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, así como a los señores HORACIO VEGA CÁRDENAS Y JORGE DÍAZ MURCIA, integrantes del Consorcio Oriente por infringir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Esta decisión es la primera sanción que se impone, en los últimos 5 años, por la utilización de este tipo de actuaciones ilegales y es el primer resultado del trabajo adelantado por el Grupo Anticolusión creado a finales del año pasado por la Entidad, con el fin de vigilar el respeto de las normas de protección de la competencia en la contratación estatal y evitar la colusión en licitaciones.

La legislación colombiana prohíbe la denominada colusión en licitaciones, que consiste en el acuerdo que realizan los oferentes de una licitación o proceso de contratación, con el fin de distorsionarlo, buscando que la adjudicación no sea el resultado de un proceso competitivo, sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia y, en consecuencia, es una de las principales vías de defraudación del Estado.

La colusión en licitaciones públicas es la más grave lesión a la competencia no sólo por los efectos que genera a los demás oferentes de una licitación particular, sino por el impacto directo que ocasiona sobre los recursos del Estado. Como consecuencia de su práctica, la entidad que adelanta la licitación además de tener que destinar más altos montos de dinero para adquirir el objeto sometido a licitación, debe enfrentar también efectos contrarios reflejados en pérdida de calidad, eficiencia, prontitud en la ejecución del proyecto, lo cual es propio de aquellas conductas que terminan por monopolizar de manera artificial un mecanismo que por definición se debería caracterizar por la pugna entre licitantes para ofrecer las mejores condiciones para cumplir el objeto a contratar.

⁶¹ Folio 432 del cuaderno principal.

En el caso concreto, la Entidad encontró demostrado con las pruebas recaudadas, que las ofertas presentadas por los investigados tenían múltiples similitudes, circunstancia que unida a los análisis matemáticos realizados, permitieron concluir que los sancionados realizaron una colusión para obtener la adjudicación de la obra referida. En consecuencia, la Superintendencia consideró que con las conductas realizadas se afectó de manera directa la libre y leal competencia, teniendo además repercusiones negativas en la administración de los bienes públicos.

Por lo anterior, se impuso una multa de \$1.070.200.000 a la empresa Constructora M.P. y \$1.071.200.000 a la empresa M.L. Ingenieros, así como de \$160.680.000 a cada una de las personas naturales involucradas en la infracción. En contra de la decisión procede el recurso de reposición que podrá ser interpuesto por los sancionados.

Dada la gravedad de la conducta, la entidad puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la decisión tomada, con el fin de que se realicen los análisis correspondientes”.

Cabe destacar que para la época en que se expidió el mencionado boletín se encontraba vigente la Ley 57 de 1985⁶², en el artículo 19 preveía que las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no estaban sujetas a reserva, al prescribir lo siguiente:

“ARTÍCULO 19.- Las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario, no estarán sometidas a reserva. En las copias que sobre estas actuaciones expidan los funcionarios, a solicitud de los particulares, se incluirán siempre las de los documentos en que se consignen las explicaciones de las personas inculpadas.

PARÁGRAFO.- Si un documento es reservado el secreto se aplicará exclusivamente a dicho documento y no a las demás piezas del respectivo expediente o negocio”.

Ahora bien, analizado el contenido del mencionado comunicado⁶³, es posible colegir lo siguiente:

- (i) De conformidad con la normatividad vigente para la época en que se expidió el mencionado boletín, las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no estaban sujetas a reserva;
- (ii) La expedición del mencionado boletín se dio en ejercicio del derecho fundamental a informar como componente de la libertad de expresión;

⁶² **“Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”.**

⁶³ Contenido visible a folios 431 y 432 -contestación de la demanda- del cuaderno principal.

(iii) No es cierto que el ejercicio de la libertad de información a cargo de la autoridad de la competencia entró en tensión con los derechos fundamentales al buen nombre y la honra, pues el mencionado boletín no contiene informaciones falsas, ofensivas e inexactas en contra de los accionantes que comprometan la posible responsabilidad social de la Superintendencia de Industria y Comercio;

(iv) La información consignada resulta clara, veraz e imparcial. Vale la pena reiterar que la misma decisión comunica que contra la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio procede el recurso de reposición.

En consecuencia, por las razones anotadas, el cargo relacionado con la violación de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre no está llamado a prosperar.

VI.4.2.3.- Falsa motivación: de la inobservancia de los efectos de la conciliación y la comunicación del desistimiento

Los impugnantes consideraron que si bien es cierto que la investigación sancionatoria podía continuar su curso así se hubiera celebrado una conciliación entre el quejoso y los presuntos responsables de la conducta investigada, el daño causado al bien jurídico no se produjo pues “[...] *en parte alguna de la actuación administrativa se observa que FONADE haya siquiera manifestado que el contrato adjudicado resultó perjudicial para el erario público por sobre costos, incumplimientos o cualquier otro hecho que afectara las arcas del Estado*”.

Para la Sala, el hecho de que el contrato suscrito entre el FONADE y el Consorcio Vial Colombiano se haya ejecutado a cabalidad y liquidado en debida forma, no es óbice para que la Superintendencia de Industria y Comercio⁶⁴, como suprema autoridad encargada de ejercer y vigilancia y control sobre acuerdos contrarios a la libre competencia, adelante los procedimientos sancionatorios para la

⁶⁴ El artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 señala: “**ARTICULO 2o. FUNCIONES.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: [...] 2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”.

protección del orden económico y de la libre competencia reconocido en el artículo 333 de la Constitución Política⁶⁵.

Precisamente, el artículo 3° de la Ley 1340 de 2009⁶⁶ señala que los bienes protegidos por el derecho de la competencia son la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, por lo que se confirmará la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sección Primera, Subsección B.

La Sala, de otra parte, encuentra que la Superintendencia de Industria y Comercio confirió poder al abogado Luís Carlos Beltrán Rojas, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.821.457 y tarjeta profesional No. 178.377 del Consejo Superior de la Judicatura, quien no se encuentra reconocido como apoderado judicial de la mencionada entidad, de conformidad con los documentos visibles a 45 a 48 del cuaderno del Consejo de Estado –poder otorgado el 22 de julio de 2014 –.

Asimismo y con posterioridad al otorgamiento del mencionado mandato judicial, dicha entidad pública otorgó poder especial a la abogada Neyireth Briceño Ramírez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.379.331 y tarjeta profesional No. 193.188 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con los documentos obrantes a folios 65 a 68 del cuaderno del Consejo de Estado –poder otorgado el 23 de julio de 2014 –.

Conforme a lo anterior, se procederá, inicialmente, al reconocimiento del abogado Luís Carlos Beltrán Rojas como apoderado judicial de la entidad con el fin de dar validez a los actuaciones realizadas por aquel profesional en el curso del proceso

⁶⁵ En sentencia C- 228 de 2010 la Corte Constitucional dijo: “*La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que `se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo [...].`”*

⁶⁶ “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”.

y, adicionalmente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 76 del Código General del Proceso que señala que “[...] *El poder termina con la radicación en Secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o designe otro apoderado [...]*”, se tendrá por terminado el mandato judicial conferido al citado profesional y se reconocerá como apoderada judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio a la señora Neyireth Briceño Ramírez.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia apelada, esto es, la sentencia del 29 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: RECONOCER al abogado Luís Carlos Beltrán Rojas, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.821.457 y tarjeta profesional No. 178.377 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

TERCERO: ENTENDER terminado el mandato judicial conferido al abogado Luís Carlos Beltrán Rojas, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.821.457 y tarjeta profesional No. 178.377 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

CUARTO: RECONOCER a la abogada Neyireth Briceño Ramírez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.379.331 y tarjeta profesional No. 193.188 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia, de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P (5)